Festgabe für Heinrich Dernburg zum fünfzigjährigen doktorjubiläum .

Hanv 894 and Engl 22. –
2.20
24.25

0,760

Germany

Festgabe

für

Heinrich Dernburg

zum

fünfzigjährigen Doktorjubiläum

am 4. April 1900.

Verfaßt

von

Albert Friedrich Berner. — Conrad Bornhak. — Heinrich Brunner. — Johannes Burchard. — Otto Gierke. — Leonard Jacobi. — Wilhelm Kahl. — Josef Kohler. — Theodor Mommsen. — Paul Oertmann. — Alfred Pernice. — Paul Rehme. — Johann Christoph Schwartz. — Emil Seckel.

Ueberreicht

von

der Juristenfakultät der Universität Berlin.

Berlin 1900.
Verlag von H. W. Müller.

Hochverehrter Jubilar!

Theurer Kollege!

Als Sie vor nun funfzig Jahren mit höchster Ehre zum Doktor der Rechte ernannt waren, da wandten Sie Sich nach kurzer Unterbrechung, die Ihnen gerade Zeit gewährte, eine Ihrer erfolgreichsten Schriften abzufassen, der Rechtstheorie und der akademischen Laufbahn endgültig zu, auf welche Sie vom Vater ererbte Neigung und Anlage hindrängten.

Was Sie seitdem der gelehrten Welt, der Rechtspraxis und der Rechtslehre geworden und gewesen sind, das läßt sich leichter schildern und rühmen, als nach seinem Umfange und seiner Tiefe abschätzen und im Einzelnen bestimmen. Denn Ihre Wirkung in Schrift und Wort ging immer in die Weite. Die unermüdliche Arbeitskraft und die stets gleich jugendliche Arbeitslust verbanden sich in Ihnen mit der glücklichsten Leichtigkeit des literarischen Schaffens. Diese seltene Vereinigung befähigte Sie, immer neue Aufgaben in Angriff zu nehmen und immer neue Provinzen Sich zu erobern.

Fest und sicher ruht Ihre wissenschaftliche Produktion auf der durchgebildetsten Kenntniß, dem feinsten geschichtlichen und dogmatischen

Verständnisse des römisch gemeinen Rechts. Wie haben Sie hier gewaltig fördernd und umgestaltend eingegriffen! Die souveräne Herrschaft über ein so ausgedehntes Rechtsgebiet ermöglichte Ihnen, die spröden Massen der modernen Gesetzgebung wie spielend zu bewältigen, anderen Anschauungen und abweichenden Gedankengängen in Darstellung und Kritik völlig gerecht zu werden. Und der Ihnen angeborene praktische Blick ist an den römischen Juristen zu seiner kaum je versagenden Treffsicherheit geschärft worden. Mit dankbarer Bewunderung haben wir erlebt, wie erst durch Sie eine eigentliche Wissenschaft des Preußischen Privatrechts geschaffen worden ist. Jetzt eben sehen wir vor unseren Augen eine bahnbrechende Arbeit verwandter Art am neuen bürgerlichen Recht des Deutschen Reiches sich vollziehen. Ueber allen Ihren Schriftwerken und über Ihren Lehrbüchern zumal liegt ausgegossen die vollendete Anmuth der Formgebung. Wer vermöchte dem Zauberer zu widerstehen, selbst wenn er als echter Professor anderer Meinung wäre? So müssen Sie es schon über Sich ergehen lassen, als Deutschlands Donellus von uns gepriesen zu werden.

Seit beinahe dreißig Jahren gehören Sie unserer Fakultät an. Sie sind der Unsere, und wir haben das Recht, Ihren Ehrentag als unser Familienfest zu feiern. Wir haben Ihnen vor Allem unseren

tief empfundenen Dank auszusprechen für das, was Sie uns gewesen sind, ein Muster der Pflichterfüllung, ein stets bereiter Helfer und Berather, ein eifriger und erfolgreicher Vermittler, wo Gegensätze hervortraten, ein getreuer Eckart, wo es das Wohl und die Selbstständigkeit der Fakultät und der Universität galt.

So hätten wir denn wirklich nach alter schlechter Gewohnheit an dieser Wende einen Rückblick auf Ihr wissenschaftlich akademisches Leben geworfen. Sie aber sollen die Hand am Pfluge behalten noch lange Zeit, und nicht zurücksehen. Wir bitten und wünschen von ganzem Herzen, daß Sie trotz allem Mißgeschicke und allem Wehe, das auch Ihnen die Jahre gebracht haben, in Ihrem unerschütterten Muthe für die Zukunft und in Ihrem unverwelklichen Glauben an die siegreiche Macht der Wissenschaft unser Trost und unser Vorbild bleiben mögen.

Berlin am 4. April 1900.

Kahl, d. Z. Dekan.

Berner. Brunner. Hübler. Pernice. Gierke.

Eck. v. Martitz. Kohler. v. Liszt.

Inhalt.

Otto Gierke.

Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach dem neuen Rechte.

I.

Das neue Recht[1] bringt besondere gesetzliche Vorschriften für „Vereine, die nicht rechtsfähig sind.[2] Auf ihre Rechtsstellung überhaupt bezieht sich der mitten in die Vorschriften über „Juristische Personen“ eingeschobene § 54 des B.G.B.; besondere Bestimmungen für sie sind überdies in den §§ 50 und 735 der neuen C.P.O. und in § 213 der neuen Konk.O. getroffen.

Es läßt sich unschwer voraussehen, daß sehr zahlreiche Vereine theils freiwillig, theils unfreiwillig unter der Herrschaft dieses Sonderrechts leben werden.

Zunächst läßt ja das B.G.B. jedem Vereine die freie Wahl, ob er sich um Erlangung der Rechtsfähigkeit bemühen oder mit einem Dasein ohne Rechtsfähigkeit begnügen will. Sicher aber werden namentlich viele Vereine, deren „Zweck nicht auf einen wirthschaftlichen Geschäfts-

1) Aus der Literatur sei hervorgehoben: G. Planck, Kommentar zum B.G.B. § 54; Hachenburg, Das B.G.B., Vorträge, Mannheim 1898, S. 202 ff.; E. Eck, Vorträge über das Recht des B.G.B., Berlin 1898, I § 20; Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B.G.B., Berlin 1898, I 239 ff.; F. Endemann, Einführung in das Studium des B.G.B., 3. u. 4. Aufl., Berlin 1898, I 814 ff.; Leske, Vergleichende Darstellung des B.G.B. u. des Preuß. A.L.R., Berlin 1898, S. 46 ff.; Enneccerus in der von ihm und H. O. Lehmann herausgegebenen Einführung in das bürgerliche Recht, Marburg 1898, I § 40; J. Meisner, Das B.G.B. Th. I, Breslau 1898, zu § 54; Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Berlin 1899, I § 33; A. Leist, Vereinsherrschaft und Vereinsfreiheit im künftigen Reichsrecht, Jena 1899; Rehbein, Das B.G.B. mit Erläuterungen, Berlin 1899, I 43 ff.; K. Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, II (1899) S. 390 ff. § 270; E. Hölder, Kommentar zum Allg. Theil des B.G.B., München 1900, zu § 54; E. Zitelmann; Das Recht des B.G.B., Allg. Theil, Leipzig 1900, S. 68 ff.; R. Saleilles, Note sur l'article 54 etc., Bulletin manuel de la Société de législation comparée, Année 1899, p. 452—459.

2) Ueber die Entstehungsgeschichte vgl. die Druckausgabe der Protokolle der Kommission für die II. Lesung des B.G.B. I 553 ff., II 452 ff., VI 117, 200 ff, 639.

betrieb gerichtet ist“, die für sie als alleiniges Mittel des Aufstieges zur Persönlichkeit vorgesehene Eintragung ins Vereinsregister (§ 21) gar nicht beantragen. Solche „Vereine für ideale Zwecke“, wie man sie kurz, obschon nicht ganz passend zu nennen pflegt, machen erfahrungsmäßig von der dargebotenen Möglichkeit des Erwerbes der Körperschaftsrechte häufig selbst dann nicht Gebrauch, wenn dazu nur die Erfüllung äußerer Formen verlangt wird. Die Vorschriften des B.G.B. aber werden auch manchen Verein, der Mühe und Kosten nicht scheuen würde, zurückschrecken. Ein bewußt auf einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck gerichteter Verein wird oft von vornherein auf die Probe verzichten, ob seine Eintragung an dem drohenden Einspruch der Verwaltungsbehörde (§§ 61—63) scheitert. Auch ein Verein aber, der seinen Zweck für unverfänglich hält, wird sich nicht immer davor sicher fühlen, daß die Deutung so dehnbarer Begriffe, wie es insbesondere der Begriff sozialpolitisch ist, zu seinen Ungunsten ausfällt. In anderen Fällen mag ein Verein wegen eines von ihm nebenbei beabsichtigten wirthschaftlichen Geschäftsbetriebes Bedenken tragen, sich an den Registerrichter zu wenden.[2a]) Vielleicht wird auch mancher Verein, obschon er gewiß ist, seine Eintragung durchsetzen zu können, sich nicht den damit eintretenden Einschränkungen seiner Bewegungsfreiheit unterwerfen wollen. Insbesondere muß er ja die Gefahr auf sich nehmen, daß er seine Persönlichkeit wieder einbüßt, sobald seine Lebensthätigkeit sich politisch, sozialpolitisch oder religiös färbt oder einen zu starken wirthschaftlichen Gehalt entwickelt (§ 43). Minder häufig werden Vereine, deren Zweck von vornherein „auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist“, freiwillig in der Stellung nicht rechtsfähiger Vereine verharren. Denn der großen Mehrzahl nach werden sie durch ein besonderes Reichs- oder Landesgesetz, das ihnen eine geeignete körperschaftliche Daseinsform anweist oder doch darbietet, der Nothwendigkeit überhoben, die Erlangung der Rechtsfähigkeit auf dem ihnen vom B.G.B. allein eröffneten Wege der staatlichen Verleihung (§ 22) anzustreben. Doch werden auch wirthschaftliche Vereine vorkommen, die weder unter ein Spezialgesetz treten, noch die staatliche Verleihung der Persönlichkeit nachsuchen. Dazu kommen ausländische Vereine jeder Art, die es unterlassen, den Bundesrath um die Verleihung der Rechtsfähigkeit (§ 23) oder die Anerkennung ihrer in der Heimath erworbenen Rechtsfähigkeit (E.G. Art. 10) anzugehen.

In erheblichem Umfange aber werden Vereine auch unfreiwillig der Rechtsfähigkeit entbehren. Vorübergehend fallen sogar die meisten

---

2a) Nach Hölder a. a. O. S. 134 ff. müßte er stets zurückgewiesen werden.

Vereine unter den Begriff der nicht rechtsfähigen Vereine, indem sie vor der Eintragung oder Verleihung bereits bestehen und thätig werden, ohne doch Persönlichkeit zu besitzen. Dauernd müssen sich politische, sozialpolitische oder religiöse Vereine ohne Rechtsfähigkeit behelfen, wenn gegen ihre beantragte Eintragung ins Vereinsregister erfolgreich Einspruch erhoben ist.[3] Desgleichen wirthschaftliche Vereine, denen die frei versagbare staatliche Verleihung abgeschlagen wird. Ebenso ausländische Vereine, deren Gesuch um Verleihung oder Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Bundesrath ablehnt. Vielleicht bemüht sich auch ein Verein vergeblich um die Rechtsfähigkeit, weil ihm nach der Ansicht des Registerrichters ein wirthschaftlicher Geschäftsbetrieb das Vereinsregister versperrt, während nach der Ansicht der Staatsverwaltung sein überwiegend idealer Zweck der Konzessionirung entgegensteht.[4] Andererseits kann auch ein eingetragener oder konzessionirter Verein in Wahrheit der Rechtsfähigkeit entbehren, weil der unrichtige Weg eingeschlagen, ein wirthschaftlicher Verein eingetragen oder ein nicht wirthschaftlicher Verein konzessionirt ist.[5] Endlich kann sich ein rechtsfähiger Verein in einen nicht rechtsfähigen Verein umwandeln, wenn er die Rechtsfähigkeit durch Konkurseröffnung verliert (§ 42) oder ihm die Rechtsfähigkeit entzogen wird (§§ 43—44, 73—74). Denn der Untergang der Rechtsfähigkeit ist keineswegs Auflösung.[6] Vielmehr bleibt der Fortbestand des Vereins jedenfalls möglich.[7] Und bis auf Weiteres besteht sogar der Verein immer fort, wenn nicht ein Auflösungsgrund hinzutritt.[8] Allerdings

3) Dies wird vermuthlich nicht selten geschehen, wenn auch der Wunsch von A. Leist a. a. O. S. 49, es möge jedem derartigen Verein der Einspruch entgegengesetzt werden, hoffentlich ein frommer Wunsch bleiben wird. — Stellt sich ein religiöser Verein als Religionsgesellschaft oder geistliche Gesellschaft dar, so kann er in Preußen, Oldenburg und Waldeck sogar nur durch Gesetzgebungsakt Rechtsfähigkeit erlangen; Preuß. V.U. a. 13, Oldenburg. a. 77, Waldeck. § 41; E.G. a. 84.

4) Planck a. a. O. S. 80 Anm. 3; Eck a. a. O. S. 55.

5) Planck a. a. O. S. 81 Anm. 5. Eine der unzulässigen Eintragung oder Verleihung bis zur Anfechtung Wirksamkeit verleihende Vorschrift, wie sie von Planck angeregt ist, hat das Ges. über die freiw. Gerichtsb. leider nicht gebracht.

6) Nach der Meinung von Eck a. a. O. S. 68 läuft freilich Beides auf dasselbe hinaus. Ebenso nach Riedel, Das B.G.B. in Vergleichung mit dem Preuß. R., Berlin 1896, S. 102 Anm. * u. S. 131 ff. Aehnlich Rehbein a. a. O. S. 52 ff.

7) Und zwar auch im Falle des Konkurses. Wenn Hachenburg a. a. O. S. 209 dies im Hinblick auf das Aktiengesellschaftsrecht bestreitet, so übersieht er, daß die Verweisung des § 213 der Konk.O. auf § 207 u. 208 nur das Verfahren betrifft, der Grund aber, aus dem der Konkurs der Aktiengesellschaft nothwendig auflösend wirkt, für nicht wirthschaftliche Vereine, die den Verlust ihres gesammten Vermögens sehr wohl überleben können, nicht paßt.

8) Die Auflösung kann durch die Satzung an den Verlust der Rechtsfähigkeit

vollzieht sich mit der Entziehung der Rechtsfähigkeit der Anfall des Vereinsvermögens an andere Personen (§ 45).[9] Allein dieser Anfall kann eben und wird in vielen Fällen satzungsgemäß oder kraft satzungsmäßig vorgesehener Beschlußfassung an die zur Zeit vorhandenen Mitglieder in ihrer fortdauernden Verbundenheit zu einem nicht rechtsfähigen Verein erfolgen.[10] Hiermit wird dem durch den Wegfall der juristischen Person, die bisher Subjekt des Vermögens war, unerbittlich geforderten Gebot einer Rechtsnachfolge genau so gut Genüge geleistet, als wenn das Vermögen an alle vorhandenen Mitglieder zu gleichen Theilen fiele.[11] Wäre aber durch die Fassung der Satzung der Anfall an die Mitgliedergesammtheit ausgeschlossen oder gar die Satzung so unvorsichtig abgefaßt, daß der Anfall an den Fiskus eintritt, so könnte immer noch der Verein vermögenslos fortbestehen.[12] Eine Liquidation muß stets, wenn das Vereinsvermögen nicht etwa an den Fiskus fällt, stattfinden (§ 47).[13] Trotz des somit unvermeidlichen Wechsels der Rechtssubjektivität ist der an Stelle des rechtsfähigen Vereins tretende nicht rechtsfähige Verein kein neuer Verein, sondern der durch Entziehung der rechtlichen Anerkennung seiner Persönlichkeit deklassirte alte Verein.[14] Genau, wie um-

---

geknüpft sein, sie kann beschlossen oder kraft öffentlichen Rechts verfügt werden. — Ohne Anhalt im Gesetz ist die Annahme, es müsse umgekehrt der Fortbestand in der Satzung vorgesehen sein; so Planck a. a. O. S. 93 Anm. 2 u. S. 94 Anm. 2, Meisner a. a. O. S. 47 Anm. 2, Rehbein a. a. O. S. 53, Hölder a. a. O. S. 159, Zitelmann a. a. O. S. 66.

9) Dies gilt auch für den Fall des Konkurses hinsichtlich des Ueberschusses; Planck a. a. O. S. 94 Anm. 2.

10) Gemäß § 45 Abs. 1—2. Nur wenn es an einer Bestimmung des Anfallberechtigten fehlt, tritt freilich nach Abs. 3 entweder Anfall an die Mitglieder zu gleichen Theilen oder Anfall an den Fiskus ein; im ersteren Falle bedarf es dann der Einstimmigkeit, wenn dennoch das Vermögen Vereinsvermögen bleiben soll.

11) Unrichtig meint daher Hachenburg a. a. O. S. 210, auf unseren Fall sei eigentlich § 45 nicht anwendbar. Ebenso unrichtig aber sind die von Eck a. a. O. S. 68 aus der Anwendbarkeit des § 45 gezogenen Folgerungen.

12) Vgl. meine Schrift über die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung S. 144 Anm. 3 u. S. 841. Meist wird ja auch der Verein in der Lage sein, durch satzungsmäßige Beiträge der Mitglieder neues Vermögen zu sammeln.

13) Sie darf, da sie im Interesse der Gläubiger angeordnet ist, auch dann nicht unterbleiben, wenn das Vermögen auf den ohne Rechtsfähigkeit fortbestehenden Verein übergeht; Fischer-Henle Anm. 4 zu § 47. A. M. Hachenburg a. a. O. S. 210. — Während der Liquidation (also nach § 51 mindestens ein Jahr lang) ergiebt sich das eigenthümliche Verhältniß, daß der Verein, soweit es ihr Zweck erfordert, noch als juristische Person gilt (§ 49 Abs. 2), im Uebrigen aber nicht, wie im Falle der Auflösung, ein Nichts, sondern ein Verein ohne Persönlichkeit ist.

14) So mit Recht Hachenburg a. a. O. S. 208 ff. — A. M. Eck a. a. O.,

gekehrt der nicht rechtsfähige Verein, wenn er durch Eintragung oder Verleihung Rechtsfähigkeit erlangt, derselbe Verein bleibt, obschon mit seiner Erhöhung die nunmehr anerkannte juristische Person in die Rechte und Pflichten der verbundenen Mitgliedergesammtheit succedirt.[15]

Immer aber muß, damit die Vorschriften über nicht rechtsfähige Vereine Anwendung finden können, ein Verein da sein. Ein Verein, nicht eine bloße Gesellschaft! Insoweit freilich, als nur die den nicht rechtsfähigen Verein dem Gesellschaftsrecht unterstellende Grundregel in Frage steht, hat diese Unterscheidung keine unmittelbare Bedeutung. Allein für den nicht rechtsfähigen Verein gelten ja abweichende Sonderbestimmungen, die natürlich nur auf Vereine und niemals auf Gesellschaften angewandt werden dürfen.[16] Und sie sind wichtig genug, um der Grenzziehung zwischen Verein und Gesellschaft eine erhebliche praktische Bedeutung zu sichern.

Das Gesetzbuch selbst enthält keine ausdrückliche Bestimmung, die sich für die begriffliche Abgrenzung verwerthen ließe. Die versteckte Legaldefinition der „Gesellschaft" (§ 705) paßt auch auf Vereine, der „Verein" ist nicht definirt. Wo also liegt das entscheidende Kennzeichen? Es liegt jedenfalls nicht in der Beschaffenheit des Zweckes. Gesellschaften wie Vereine können ideale oder materielle, gemeinnützige oder selbstnützige Zwecke verfolgen, sie können einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb als Zweck oder als Mittel oder überhaupt nicht einrichten;[17] der unausgetragene Streit, inwieweit solche Verschiedenheiten für die Anwendung der Vorschriften des Preußischen Landrechts über den Gesellschaftsvertrag (I, 17) oder über die erlaubten Privatgesellschaften (II, 6) maßgebend sind, kann sich in unserer Frage nicht wiederholen. Unentbehrlich ist für das Dasein eines Vereins, wie sich schon aus § 54 ergiebt, ein besonderer Vereinsname; doch kann auch eine

---

Meisner a. a. O., Rehbein a. a. O., Hölder a. a. O. S. 159, auch trotz scheinbarer Abweichung Planck a. a. O. S. 93 Anm. 2.

15) An der Identität des „Vereins" vor und nach der Eintragung oder Verleihung läßt sich schon nach dem Wortlaut der §§ 21—23, 55, 65 nicht zweifeln. Vgl. Hachenburg a. a. O. S. 206 ff. — Abweichend trotzdem Hölder a. a. O. S. 130 ff.

16) Das gegentheilige Verfahren von Endemann a. a. O. S. 814, 815 Anm. 2, 816 Z. 2, 821 ist offenbar unzulässig. Unrichtig auch Leist a. a. O. S. 37 Anm. 1.

17) Vgl. Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, Berlin 1897, S. 71; Leske a. a. O. S. 288; Matthiaß a. a. O. I 551; Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899, S. 441; Planck, Komm. zu § 705 Anm. 1a; Cosack a. a. O. S. 364.

bloße Gesellschaft einen Namen führen.[18] Daß die größere oder geringere Zahl der Mitglieder kein sicheres Unterscheidungsmerkmal bietet, liegt auf der Hand. Aber auch der Unterschied der offenen oder geschlossenen Mitgliederzahl ist nicht durchgreifend.[19] Ein Verein für ideale Zwecke, z. B. eine wissenschaftliche Sozietät, kann mit fester Stellenzahl gegründet, ein wirthschaftlicher Verein kann auf eine feste Anzahl von Antheilen an einem Grundstücke oder Vermögen gebaut sein; solche Gebilde können nach dem B.G.B. durch Eintragung oder Verleihung rechtsfähige Vereine werden, müssen also auch als nicht rechtsfähige Vereine möglich sein. Andererseits bleibt eine bloße Gesellschaft mit vertragsmäßiger Offenhaltung des Eintritts für Jeden, der bestimmte Erfordernisse erfüllt, denkbar. Als unentbehrlich für den Begriff eines Vereins wird man einen vom Wechsel der Mitglieder unabhängigen Bestand des Verbandes bezeichnen dürfen. Allein auch die Fortdauer einer Gesellschaft beim Wechsel der Gesellschafter kann vereinbart werden. Der Verein bedarf nothwendig eines Vorstands und eines Beschlußorgans. Auch eine Gesellschaft aber kann sich durch Vorstandsbildung und Einführung von Mehrheitsschlüssen verfestigen. Somit bleibt nur übrig, als entscheidendes Kennzeichen des Vereins eine ihrem Gesammtinhalte nach als Körperschaftsverfassung erscheinende Einrichtung zu betrachten. Ein Verband ist ein Verein, wenn er so organisirt ist, daß er seinen Mitgliedern als besonderes einheitliches Ganze gegenübertritt und im Verkehr als solches sich giebt und genommen wird.[20] Mit anderen Worten: ein nicht rechtsfähiger Verein ist eine von der Rechtsordnung nicht als Körperschaft anerkannte Körperschaft, ein Gebilde, das Körperschaft wäre, wenn das System der freien Körperschaftsbildung gälte.

Man hat als einen Hauptgrund gegen das System der freien Körperschaftsbildung stets angeführt, daß es eine unerträgliche Unsicherheit darüber bewirke, ob eine juristische Person besteht oder nicht besteht. Diese Unsicherheit ist nun freilich durch das System des B.G.B. beseitigt, taucht aber an einer anderen Stelle in neuer Gestalt wieder auf. Die Macht des Lebens bewährt ihre Ueberlegenheit über die formale Gesetzgebungskunst.

18) Man denke z. B. an eine Vereinigung von Minderkaufleuten zum Gewerbebetriebe unter gemeinsamem Namen; Cosack, H.R. § 127 I.

19) A. M. anscheinend Staudinger, Das Vereinsrecht nach dem B.G.B., Erlangen 1897, S. 35.

20) Uebereinstimmend Hachenburg a. a. O. S. 205 ff., der nur zu ausschließliches Gewicht auf den „Willen“, ein selbständiges Rechtssubjekt mit eigner Existenz zu schaffen, legt. Nicht der Wille entscheidet, sondern die That. Vgl. auch Cosack a. a. O. § 270 Z. 1.

II.

Der oberste Grundsatz für nicht rechtsfähige Vereine (§ 54 S. 1) lautet: „Auf Vereine, die nicht rechtsfähig sind, finden die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung“

Der Verein ist keine Gesellschaft. Er ist vielmehr seinem wirklichen Wesen nach eine Körperschaft. Das B.G.B. erkennt dies unzweideutig an, indem es ihn mit gleichem Namen wie die von ihm geregelten Körperschaften nennt und von ihm mitten in der Lehre von den juristischen Personen handelt.[21] Vereine mit und ohne Rechtsfähigkeit sind Vereine; sie unterscheiden sich durch das ungleiche Maß von Wirksamkeit, das die Rechtsordnung dem gleichen Thatbestande beilegt, bleiben aber Wesenheiten gleicher Art;[22] derselbe Verein kann im Laufe seines Daseins zeitweise der einen oder der anderen Klasse angehören, ohne als Verein seine Identität einzubüßen.[23]

Trotzdem soll der Verein behandelt werden, als wäre er eine Gesellschaft. Die Rechtsordnung stellt bewußt das widerspruchsvolle Gebot auf, ihn so zu beurtheilen, als wenn er etwas wäre, was er nicht ist. Sie zwingt zu einer juristischen Umdeutung des thatsächlichen Lebensverhältnisses und zur Unterwerfung aller ihm entspringenden rechtlichen Beziehungen unter Begriffe, die auf sie von Hause aus nicht angelegt und für sie an sich nicht geeignet sind.

Hieraus ergiebt sich, daß die Anwendung der Vorschriften über die Gesellschaft so erfolgen muß, wie sie sich am besten mit dem in Wahrheit körperschaftlichen Wesen des Vereins verträgt, der auf Errichtung einer Körperschaft gerichteten Absicht der Betheiligten am ehesten gerecht wird und im Verkehr mit Dritten den Erfolg, der nach den Regeln von Treu und Glauben erwartet wird, am meisten sichert.

Ermöglicht wird ein derartiges Verfahren vor Allem dadurch, daß die Gesellschaft selbst vom B.G.B. in eine Form gegossen ist, vermöge deren sie auch bei normaler Ausgestaltung sich einer Körperschaft nähert. Denn obschon sie im Recht der Schuldverhältnisse geregelt ist, erscheint sie doch kraft der Durchführung des Prinzips der gesammten Hand nicht gleich der römischen societas als rein obligationenrechtliches, sondern zugleich als personenrechtliches und folgeweise auch mit unmittelbar sachenrechtlicher Wirksamkeit ausgestattetes Verhältniß. Die Errichtung

---

21) Ursprünglich befand sich der dem § 54 entsprechende § 676 im Gesellschaftsrecht.

22) Dies führt Hachenburg a. a. O. S. 205 ff. überzeugend aus.

23) Vgl. oben Anm. 14—15.

des Vereins darf nicht als das, was sie ist, als konstituirender Gesammtakt, sie muß vielmehr als Gesellschaftsvertrag aufgefaßt werden; aber dieser Vertrag enthält, weil er eine personenrechtliche Verbundenheit setzt, etwas von einer Vereinigungsthat. Die Satzung des Vereins ist im Rechtssinne nicht Satzung, sondern ein Inbegriff von Vertragsbestimmungen; aber die vertragsmäßige Festsetzung gewinnt durch die ihr verliehene Macht, eine dauernde Willensgemeinschaft zu bewirken und zu normiren, ein autonomisches Gepräge. Die Mitglieder gelten nicht als Glieder eines ihnen übergeordneten Ganzen, sondern als Gesellschafter; aber als solche sind sie die Mitträger eines von ihren Sonderbereichen geschiedenen gemeinschaftlichen Machtbereichs. Die Organe des Vereins dürfen, obschon sie Organe sind, nicht als Organe, sondern nur als Beauftragte und Bevollmächtigte behandelt werden; aber ihre Stellung wird dadurch, daß ihr Geschäftsherr eine zur gesammten Hand verbundene Personenmehrheit ist, an die Stellung von Organen herangerückt. Der Verein hat keine Persönlichkeit, er ist überhaupt kein Rechtssubjekt, sondern ein Rechtsverhältniß; aber dieses Rechtsverhältniß schließt die Betheiligten zu einer Personeneinheit zusammen. Das Vereinsvermögen ist Gesellschaftsvermögen, es gehört nicht dem Verein als solchem, sondern den jeweiligen Mitgliedern; aber als Gesellschaftsvermögen ist es ein für den Gesellschaftszweck aus dem übrigen Vermögen der Theilhaber ausgeschiedenes, den Gesellschaftern zu ungesonderten Antheilen gemeinsames Sondervermögen, das sich einem Körperschaftsvermögen nähert.

Weiter kommt in Betracht, daß die Vorschriften über Gesellschaft zum großen Theile nicht zwingender, sondern nachgiebiger Natur sind, daher durch die Vereinssatzung im Sinne des Körperschaftsrechts abgeändert werden können. In welchem Umfange, ist freilich schon stark bestritten. Hierauf ist im Einzelnen zurückzukommen. Von vornherein aber sei bemerkt, daß die Vermuthung hier wie bei allen Vorschriften über einzelne Schuldverhältnisse aus Verträgen für die Abänderlichkeit streitet. Da der Gesellschaftsvertrag formfrei ist, kann die Vereinbarung von Abweichungen nicht bloß ausdrücklich, sondern auch stillschweigend erfolgen. Dies ist für die Auslegung undeutlicher und die Ergänzung lückenhafter Vereinssatzungen von großer Wichtigkeit: was sich aus dem Zwecke der Vereinigung, aus der Gesammthaltung der Satzung und aus dem bei gleichartigen Vereinen Ueblichen als gewollt ergiebt, ist als vereinbart anzusehen. Auch wird unter diesem Gesichtspunkte neben der geschriebenen Satzung und sogar gegen sie das im Verein beobachtete Herkommen Beachtung fordern. Besonders zu betonen ist, daß eine satzungsmäßige Abänderung des gewöhnlichen Gesellschaftsrechts behufs

Begründung eines Vereins nicht nur möglich, sondern nothwendig ist, da sonst eben eine Gesellschaft entstände. Ja, die Abänderungen müssen wenigstens in ihrem Gesammtinhalte so beschaffen sein, daß sie mit dem Wesen einer Gesellschaft in Widerspruch stehen. Denn sie sollen bewirken, daß anstatt einer Gesellschaft ein wesensverschiedenes Gebilde ins Leben tritt. Daß die Gesetzesvorschriften über die Gesellschaft nachgiebig genug sind, um dem Gesellschaftsvertrage die Sprengung des Rahmens der Gesellschaft zu gestatten, ist eine Seltsamkeit, die als schlechthin unvermeidliche Folge der Unterstellung von Vereinen unter das Gesellschaftsrecht mit in den Kauf genommen werden muß.

Jede Anwendbarkeit des Gesellschaftsrechts auf nicht rechtsfähige Vereine fällt natürlich insoweit weg, als für solche Vereine Sonderbestimmungen getroffen sind. Die einschlagenden Vorschriften des neuen Rechts stimmen darin überein, daß sie lediglich auf den Schutz Dritter, die mit dem Verein als solchem in Verkehr getreten sind, abzielen. Sie gehen aber von ungleichen Grundgedanken aus. Der zweite Satz des § 54 des B.G.B. gewährt dem Dritten, dem gegenüber im Namen des Vereins ein Rechtsgeschäft vorgenommen ist, die Befugniß, den Verein, weil er Gesellschaft nicht ist und als juristische Person nicht gilt, als ein Nichts zu behandeln; darum haftet ihm der Handelnde persönlich. Die Vorschriften der Civilprozeßordnung und der Konkursordnung ermächtigen umgekehrt Dritte, den Verein, weil er sich als juristische Person giebt, als juristische Person zu behandeln; sie stellen hinsichtlich der Verklagbarkeit, der Zwangsvollstreckung in das Vermögen und des Konkurses den nicht rechtsfähigen Verein einem rechtsfähigen Verein einfach gleich.

Schließlich versteht es sich von selbst, daß die Unterstellung der nicht rechtsfähigen Vereine unter das Gesellschaftsrecht nicht über das Gebiet des Privatrechts hinaus erstreckt werden darf. Im öffentlichen Recht gilt jeder Verein als das, was er ist. Für die öffentlichrechtlichen Vereinsgesetze besteht überhaupt zwischen rechtsfähigen und nicht rechtsfähigen Vereinen kein Unterschied.

III.

Zum Wesen jedes Vereins gehört eine Verfassung, durch die ein von den jeweiligen einzelnen Mitgliedern unabhängiges Ganze gesetzt und als handlungsfähige Einheit organisirt wird. Die Satzung des nicht rechtsfähigen Vereins kann eine derartige Verfassung dem Erfolge nach herstellen.

Die gesellschaftsrechtliche Regel, daß die Gesellschaft durch Kündigung,

Tod oder Konkurs eines Gesellschafters aufgelöst wird, kann wegbedungen, die Ausschließung eines Gesellschafters kann vorgesehen werden (B.G.B. §§ 736 u. 737). Vereinbarungen mit derartigem Inhalte sind unerläßlich, wenn ein Verein bestehen soll, und müssen als selbstverständlich getroffen gelten, sobald die Absicht einer Vereinsbildung feststeht.[24] Der Gesellschaftsvertrag kann aber auch den Hinzutritt neuer Gesellschafter zulassen. Nimmt die Vereinssatzung den Eintritt neuer Mitglieder in Aussicht, so liegt darin zugleich die Vereinbarung, daß das Vereinsverhältniß mit dem Eingetretenen unverändert fortgesetzt werden soll. So läßt sich dem Verein der von der Individualität der Mitglieder unabhängige und in ihrem Wechsel sich gleich bleibende Bestand verschaffen.

Die Bedingungen für den Ein- und Austritt von Mitgliedern kann die Vereinssatzung im Allgemeinen beliebig und somit auf gleiche Weise, wie wenn der Verein rechtsfähig wäre, ordnen. Hinsichtlich des Eintritts neuer Mitglieder fehlt es überhaupt an jeder gesetzlichen Regel. Die Satzung kann dafür die verschiedensten Erfordernisse aufstellen, die Eintrittserklärung an diese oder jene Form binden, die Aufnahme dem einen oder anderen Vereinsorgan übertragen, auch den Erwerb der Mitgliedschaft ohne Weiteres an den Erwerb eines Antheils knüpfen u. s. w. Der Unterschied vom rechtsfähigen Verein besteht hier nur in dem gesetzlichen Zwange zur juristischen Umdeutung des Vorganges im Sinne eines Gesellschaftsvertrages, der in jedem Einzelfalle zwischen dem eintretenden Mitgliede und den sämmtlichen übrigen Mitgliedern geschlossen wird. Die für den rechtsfähigen Verein geltende Regel, daß die Mitgliedschaft unübertragbar und unvererblich ist (§ 38), ergiebt sich auch für den nicht rechtsfähigen Verein aus der Anwendung des Gesellschaftsrechts (§§ 717, 727); zweifellos aber kann hier wie beim rechtsfähigen Verein (§ 40) ein Anderes bestimmt, daher auch die Mitgliedschaft mit veräußerlichen und vererblichen Antheilen verknüpft werden. Der freiwillige Austritt aus dem Verein erscheint zufolge der Verweisung auf das Gesellschaftsrecht im Rechtsgewande der Kündigung des Gesellschaftsvertrages (§§ 723—724, 736); den autonomischen Festsetzungen über das Austrittsrecht ist die feste gesetzliche Schranke, durch die dem rechtsfähigen Verein gegenüber die Austrittsfreiheit gewährleistet wird (§ 39), nicht gezogen; doch kann dem Mitgliede niemals das Recht ver-

---

24) Unrichtig daher Cosack II 391 Z. 4, besonders aber Kockerols, Dtsche. Juristenztg. IV 459 (der sogar bei älteren Vereinsstatuten nur eine ausdrückliche Wegbedingung der gesellschaftsrechtlichen Regeln beachten will); vgl. dagegen meine Bemerkungen ebenda S. 480. — Demgemäß sind B.G.B. § 727 Abs. 2 u. § 728 S. 2, sowie Konk.O. § 28 unanwendbar.

kümmert werden, aus einem wichtigen Grunde vor dem Ablaufe einer gesetzten Zeit oder ohne Einhaltung einer vorgeschriebenen Kündigungsfrist und zwar auch zur Unzeit auszutreten (§ 723).[25] Auch den unfreiwilligen Ausschluß eines Mitgliedes kann die Satzung vorsehen und beliebig ordnen; selbst ohne besondere Ermächtigung ist der Verein befugt, ein Mitglied auszuschließen, das eine ihm obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt oder zu erfüllen außer Stande kommt.[26]

In der Organisation des Vereins hat die Satzung ziemlich freie Hand. Sie kann und wird „die Führung der Geschäfte der Gesellschaft", die an sich „den Gesellschaftern gemeinschaftlich" zusteht, einem Vorstande übertragen, die oberste Entscheidung in den gemeinschaftlichen Angelegenheiten aber dem Mehrheitsbeschlusse der Mitglieder vorbehalten (§§ 709 bis 710). Die Beschlußfassung kann und wird sie, anstatt es bei der Entscheidung durch die Stimmen der Mehrzahl aller Gesellschaften (§ 709 Abs. 1) zu belassen, einer gehörig zu berufenden Mitgliederversammlung anvertrauen, deren Beschluß die nicht Erschienenen bindet; das Stimmrecht und das Stimmgewicht, die Art der Verhandlung und der Stimmabgabe, die Berechnung der Mehrheit, die Anforderungen an die Beschlußfähigkeit der Versammlung, das Erforderniß verstärkter Mehrheit für besonders wichtige Beschlüsse u. s. w. kann sie frei nach den Bedürfnissen des Körperschaftslebens ordnen. Die theils zwingenden, theils abänderlichen Vorschriften des B.G.B. für die Mitgliederversammlung eines rechtsfähigen Vereins (§§ 32—37, 40—41) sind unanwendbar, können aber theilweise zur Auslegung der Satzung benutzt werden.[27] Daß der Versammlungsbeschluß auch mit der Macht zur Abänderung

25) Bei der in sein freies Ermessen gestellten Beurtheilung der Wichtigkeit eines Grundes wird der Richter von dem gesetzlichen Musterfall des § 723 Abs. 1 S. 2 völlig absehen und sich lediglich auf den Boden des Körperschaftslebens stellen müssen. Wenn irgend ein Mitglied den Beitrag nicht zahlt oder die Vereinssitzungen nicht besucht, kann darin nicht für jedes andere Mitglied ein Austrittsgrund liegen. Im Uebrigen ist der Praxis hier eine schwere Aufgabe gestellt. Vgl. auch Leist a. a. O. S. 15 ff. u. 52, der aber bei den auf S. 16 angeführten Beispielen übersieht, daß hier § 152 Abs. 2 der Gew.O. durchgreifen würde

26) So nach § 737. Das hier „den übrigen Gesellschaften gemeinschaftlich" zugeschriebene Ausschließungsrecht kann, wenn in Vereinsangelegenheiten überhaupt Mehrheitsbeschluß entscheidet, durch Mehrheitsbeschluß ausgeübt, aber auch dem Vorstande oder einem anderen Organe übertragen werden.

27) So die dispositiven Vorschriften in § 32, § 33 Abs. 1 u. § 40, die zwingende in § 36. Der § 35 gilt nothwendig auch hier. Aber auch das Ruhen des Stimmrechts in den Fällen des § 34 dürfte anzunehmen sein. Ganz unverwerthbar sind § 33 Abs 2 u. § 37 Abs. 2.

der Satzung und sogar des Zweckes und zur Verfügung über den Bestand des Vereins ausgerüstet werden kann, unterliegt keinem Zweifel. Der Vorstand kann aus einer einzigen Person oder aus mehreern Personen gebildet, mehreren Vorstandsmitgliedern können alle oder gewisse Machtbefugnisse entweder zu gesammter Hand oder als einem mit Stimmenmehrheit beschließenden Kollegium oder einem jeden für sich übertragen werden (§§ 710—711). Als eine für die Satzung unabänderliche Vorschrift ist die Bestimmung aufzufassen, daß die Geschäftsführung aus einem wichtigen Grunde jedem Vorstandsmitgliede durch Beschluß entzogen und von jedem Vorstandsmitgliede niedergelegt werden kann (§ 712). Im Uebrigen bietet das Gesetz für die erforderlichen satzungsmäßigen Bestimmungen über Berufung in den Vorstand und Abberufung aus dem Vorstand und über etwaige Vorstandsbeschlüsse weder Stütze noch Schranke; die theils zwingenden theils abänderlichen Vorschriften über den Vorstand eines rechtsfähigen Vereins (§§ 27, 28, 40) können aber wieder mittelbar verwerthet werden.[28] Außer dem Vorstande und der Mitgliederversammlung können beliebige weitere Organe, z. B. ein Aufsichtsrath, ein Ausschuß, Kommissionen aller Art, gebildet, auch kann die Mitgliederversammlung durch einen Ausschuß ersetzt werden.

Die Wirkung der Organisation unterscheidet sich in der Richtung auf das innere Vereinsleben praktisch nicht wesentlich von der Wirkung einer anerkannten Körperschaftsverfassung. Wenn auf das Verhältniß der geschäftsführenden Mitglieder zu dem Verein die für den Auftrag geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden (§ 713), so stimmt dies mit der für die Geschäftsführung des Vorstandes eines rechtsfähigen Vereins gegebenen Regel (§ 27 Abs. 3) überein. Daß die Stellung des Geschäftsherrn hier nicht einer juristischen Person, sondern einer Personengesammtheit zugeschrieben werden muß, hat fast nur theoretische Bedeutung. Unter Umständen kann indeß hinsichtlich der Wirksamkeit einer übereinstimmenden Willenserklärung aller Mitglieder sich ein Unterschied daraus ergeben, daß die Mitgliedergesammtheit nicht mit der juristischen Person, wohl aber mit der Gesellschaft zusammenfällt.

Dagegen ist die Wirkung dieser Organisation nach außen von der Wirkung einer anerkannten Körperschaftsverfassung in wesentlichen Punkten verschieden. Die geschäftsführenden Mitglieder des nicht rechtsfähigen Vereins haben im Zweifel im Umfange ihrer Geschäftsführungsmacht die

---

28) Der in § 28 angezogene § 34 dürfte auch hier stets Platz greifen. Andrerseits gilt keine dem § 29 entsprechende Regel.

Mitgliedergesammtheit gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten, auch kann eine von der Geschäftsführung unabhängige weitere oder engere Vertretungsmacht begründet werden (§§ 714—715). Allein der Verein hat kein Organ, durch das er selbst zu handeln vermöchte. Eine Haftung des Vereins aus unerlaubten Handlungen seiner Organe, wie sie § 31 vorsieht, findet hier nicht statt; es kommt nur § 831 zur Anwendung.[29] Der Vorstand hat hier, von den Fällen, in denen der Verein als rechtsfähig gilt, abgesehen, nicht die dem Vorstande eines rechtsfähigen Vereins beigelegte „Stellung eines gesetzlichen Vertreters“ (§ 26 Abs. 2). Die rechtsgeschäftliche Vertretung des Vereins richtet sich nach den gewöhnlichen Grundsätzen der rechtsgeschäftlichen Vollmacht. Es tritt aber die wichtige Sonderstimmung hinzu, daß stets, wer im Namen des Vereins ein Rechtsgeschäft einem Dritten gegenüber vornimmt, daraus persönlich und mit anderen Mithandelnden als Gesammtschuldner haftet (§ 54). Diese Haftung trifft den Handelnden auch dann, wenn er Vertretungsmacht für den Verein hatte oder der Mangel einer solchen durch Genehmigung geheilt wird; sie trifft nicht blos das geschäftsführende Mitglied, sondern auch einen außerhalb des Vereins stehenden Bevollmächtigten, der für den Verein handelt; sie wird auch nicht dadurch abgewandt, daß der Dritte den Mangel der Rechtsfähigkeit kannte. Ist das Rechtsgeschäft für den Verein wirksam, so haftet der Handelnde als Gesammtschuldner neben dem Verein. Ist es für den Verein unwirksam, so haftet der Handelnde allein.[30]

IV.

Das Vermögen des nicht rechtsfähigen Vereins wird als Gesellschaftsvermögen behandelt.

In das Vereinsvermögen fallen daher die Beiträge der Mitglieder, die durch die Geschäftsführung für den Verein erworbenen Gegenstände und die Surrogationen (§ 718). Der Verein kann nicht nur unter Lebenden, sondern auch von Todeswegen erwerben. Denn es besteht kein Hinderniß, die jeweiligen Mitglieder in ihrer gesellschaftlichen Verbundenheit zu Erben einzusetzen oder mit einem Vermächtniß zu bedenken.[31] Landesgesetzliche Einschränkungen des Rechtserwerbes juristischer

---

29) Vgl. Eck a. a. O. S. 85; Cosack II 372. — A. M. Hachenburg a. a. O. S. 211. Zweifelnd Saleilles a. a. O. p. 457 ff.

30) Ueber die gleichzeitige Anwendbarkeit der §§ 177—180 des B.G.B. vgl. Planck zu § 54 Anm. 3.

31) Vgl. Eck a. a. O. S. 80 Anm. 2. A. M. Matthiaß a. a. O. S. 114,

Personen können auf nicht rechtsfähige Vereine nicht erstreckt werden (EG. Art. 86).

Als Gesellschaftsvermögen ist das Vereinsvermögen ein Sondervermögen, das den jeweiligen Mitgliedern zur gesammten Hand gehört. Jedem Mitgliede steht ein Antheil an dem Vermögen im Ganzen und den einzelnen dazu gehörigen Gegenständen zu; allein dieser Antheil unterliegt nicht der Verfügung des Mitgliedes und gewährt keinen Theilungsanspruch (§ 719 Abs. 1). Der Gläubiger eines Mitglieds kann seine Forderung nicht gegen eine zum Vereinsvermögen gehörige Forderung aufrechnen (§ 719 Abs. 2) und hat keinen unmittelbaren Zugriff auf das Vereinsvermögen (C.P.O. § 859). Den Antheil am Vereinsvermögen kann er freilich pfänden (C.P.O. § 859).[32] Dadurch erlangt er aber, so lange der Verein besteht, nicht die Befugniß zur Geltendmachung der Mitgliedschaftsrechte seines Schuldners mit einziger Ausnahme eines etwaigen Anspruchs auf einen Gewinnantheil (§ 725 Abs. 2). Dagegen kann er den Verein ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen (§ 725 Abs. 1). Hiermit erzielt er jedoch in Gemäßheit der bereits als unerläßlich aufgezeigten Abänderung durch die Satzung nur das Ausscheiden seines Schuldners (§ 736). Anstatt an den Antheil kann er sich nun lediglich an das halten, was etwa der Verein dem ausscheidenden Mitgliede als Ersatz für den Antheil zu zahlen hat (§ 738).[33]

Somit ist dem Vereinsvermögen, obschon es blos gemeinschaftliches Vermögen der Mitglieder ist, der Bestand als selbständiges Zweckvermögen gesichert. Es vermag thatsächlich gleich einem Körperschaftsvermögen zu funktionieren. Nur darf es im Sinne der offiziellen Rechtsordnung nicht dem Verein selbst zugeschrieben werden. Nicht dem Verein als juristischer Person. Aber auch nicht dem Verein als einer unter dem Vereinsnamen rechtsfähigen beständigen Personeneinheit. Denn für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts gilt kein ähnlicher Rechtssatz, wie der, den das Handelsgesetzbuch in § 124 für die offene Handelsgesellschaft unter ihrer Firma aufstellt. Praktisch äußert sich diese Versagung vor Allem im Grundbuchrecht. Alle zum Vereinsvermögen gehörigen Rechte sind im Grundbuch nicht auf den Namen des Vereins, sondern auf den Namen sämmtlicher einzelner Mitglieder einzutragen. Dabei ist aber das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältniß anzugeben (Grdb.O. § 48), somit zu vermerken, daß das Recht den benannten Personen

---

Rehbein a. a. O. S. 44; Letzterer will sogar Schenkungen an den Verein ausschließen.

32) Cosack II 368—369 deutet dies in unzulässiger Weise weg.

33) Daß dies oft Null sein wird, ist später zu zeigen; vgl. unten Anm. 51.

als Mitgliedern eines nicht rechtsfähigen Vereins zusteht.[34] Ist die Eintragung in dieser Weise erfolgt, so erlangt die Zugehörigkeit des Rechts zum Vereinsvermögen mit aller daraus fließenden Gebundenheit grundbuchmäßige Wirksamkeit.

Vollendet wird die Annäherung des Vereinsvermögens an ein Körperschaftsvermögen dadurch, daß es als Gesellschaftsvermögen nothwendig Vermögen der jeweiligen Mitglieder ist. Solange der Verein besteht, hängt es am Verein; mit jedem Wechsel im Mitgliederbestande wechselt es die Theilhaber, ohne davon in seinem Bestande als geschlossenes Sondervermögen berührt zu werden; und alle Veränderungen der Theilhaberschaft ergreifen von Rechtswegen jeden einzelnen zum Vereinsvermögen gehörenden Gegenstand. Darum bedarf es zwar, damit ein Gegenstand Bestandtheil des Gesellschaftsvermögens werde, eines je nach seiner Beschaffenheit ungleichen besonderen Rechtsvorganges; die Vergemeinschaftung dessen, was als Beitrag zu leisten ist, wird nur durch eine Uebertragung an Alle bewirkt und fordert daher bei Grundeigenthum Auflassung und Eintragung, bei sonstigen Rechten an Grundstücken Willenseinigung und Eintragung, bei Fahrniß Uebergabe oder was als Ersatz dafür zugelassen ist, bei Forderungen Abtretungsvertrag u. s. w.; auch bei dem Erwerbe durch Geschäftsführung müssen Eigenthum und sonstige Rechte durch eine in gehöriger Vertretung Aller vorgenommene Erwerbshandlung dem Vereinsvermögen besonders zugeführt werden.[35] Und entsprechende Regeln gelten für die Ausscheidung von Gegenständen aus dem Vereinsvermögen durch Entgemeinschaftung oder sonstige Veräußerung. Dagegen folgt jeder einzelne Gegenstand, solange er gemeinschaftlich ist, ohne Weiteres und ohne irgend einen besonderen Uebertragungsakt beim Wechsel der Mitglieder den Schicksalen des Vereinsvermögens im Ganzen. Hiervon machen auch die im Grundbuch eingetragenen Rechte keine Ausnahme.

Für den Fall des Ausscheidens der Mitglieder ergiebt sich das Gesagte aus der ausdrücklichen Gesetzesvorschrift, der zufolge der Antheil eines ausscheidenden Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen den übrigen

34) Nicht, wie Planck Anm. 2f zu § 54 räth, „nach den Vorschriften über die Gesellschaft". Denn das maßgebende Rechtsverhältniß ist ja ein anderes. Insbesondere würde sich die Verklagbarkeit des Vereins als solchen in Ansehung des Rechtes am Grundstück nicht aus dem Grundbuch ergeben.

35) Anders verhält es sich bei dem gemäß § 718 Abs. 2 eintretenden Erwerbe durch Surrogation, der sich kraft Gesetzes vollzieht; vgl. Planck zu § 718 S. 467. — Bei dem Erwerbe einer Forderung durch Beitragsleistung oder Geschäftsführung gilt zu Gunsten des gutgläubigen Schuldners die Schutzvorschrift des § 720; vgl. Planck a. a. O. S. 469; Cosack II 366.

Gesellschaftern anwächst (§ 738). Hiermit geht von Rechtswegen die in dem Antheil enthaltene Mitträgerschaft der einzelnen Rechte auf die verbleibenden Theilhaber über, ohne daß es einer Uebertragung, einer Auflassung oder Eintragung, einer Uebergabe, einer Abtretung u. s. w. bedürfte. Handelt es sich um ein auf den Namen Aller im Grundbuch eingetragenes Recht, so wird freilich das Grundbuch unrichtig. Die Berichtigung kann verlangt werden. Bis sie aber erfolgt ist, hat der unrichtige Bucheintrag die durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs bedingten Wirkungen. Dies ist ein wichtiger Unterschied der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und somit auch des nicht rechtsfähigen Vereins von der Handelsgesellschaft, deren Eintragung unter der Firma erfolgt und daher trotz des Ausscheidens eines Gesellschafters richtig bleibt. Allein das materielle sachenrechtliche Verhältniß ist vermöge des Prinzips der gesammten Hand hier genau wie bei der Handelsgesellschaft gestaltet.

Für den Fall des Eintritts neuer Mitglieder fehlt es an einer besonderen Bestimmung. Doch folgt aus dem gesetzlichen Begriff des Gesellschaftsvermögens (§ 718 Abs. 1) und aus dessen ganzer Struktur, daß hier umgekehrt von Rechtswegen ein Antheil den bisherigen Mitgliedern abwachsen und auf das neue Mitglied die Mitträgerschaft aller zum Vereinsvermögen gehörigen einzelnen Rechte ohne besondere Uebertragungshandlung übergehen muß. Das Gegentheil behauptet freilich Planck, der bisher auf Widerspruch nicht gestoßen ist.[36] Er fordert eine „Uebertragung des Antheils". Diese könne hinsichtlich der Rechte, die durch Abtretungsvertrag übertragen werden können, durch den mit dem eintretenden Mitgliede geschlossenen Gesellschaftsvertrag erfolgen und auch hinsichtlich der beweglichen Sachen durch denselben Vertrag mit Hülfe von constitutum possessorium und Anspruchsabtretung zu Stande kommen; dagegen könne sie hinsichtlich der Rechte, deren Erwerb Eintragung ins Grundbuch fordert, nur durch besonderen Uebertragungsakt und Eintragung ins Grundbuch bewirkt werden. Allein diese ganze Konstruktion ist unhaltbar. Um sie durchzuführen, muß man einen Schritt weiter gehen und die Möglichkeit des Eintritts neuer Mitglieder in den nicht rechtsfähigen Verein überhaupt bestreiten. In der That ist für die Gesellschaft bei Planck und in noch schärferer Ausprägung bei Cosack die Behauptung gewagt, daß es eine Fortsetzung der alten

36) Planck zu § 54 S. 104 unter 1; dazu Anm. 2 zu § 736 S. 480. Zustimmend Meisner Anm. 3 zu § 54 S. 56; Oertmann Anm. 3 zu § 736. — Seither hat Hölder a. a. O. S. 169—170 sich dafür ausgesprochen, daß der Beitritt neuer Mitglieder mit der Folge einer „Beschränkung" der bisherigen Antheile möglich sei.

Gesellschaft mit einem hinzutretenden Gesellschafter nicht gebe, der Vorgang vielmehr im Rechtssinne stets Auflösung der alten und Bildung einer neuen Gesellschaft sei.[37] Wäre dem so, dann bräche in jedem solchen Falle auch das Gesellschaftsvermögen zusammen; an seine Stelle träte eine Gemeinschaft nach Bruchtheilen hinsichtlich der einzelnen Gegenstände; die bisherigen Gesellschafter wären nun verpflichtet und auch im Stande, ihre Antheile an jedem einzelnen Gegenstande Stück für Stück auf die von ihnen und dem neuen Gesellschafter gegründete neue Gesellschaft zu übertragen und so ein neues Gesellschaftsvermögen herzustellen.[38] Allein eine derartige Umdeutung dessen, was bei dem Eintritt eines neuen Gesellschafters in Wahrheit gewollt und erklärt wird, ist weder zulässig noch erforderlich. Durch den Vertrag mit dem Eintretenden wollen die Gesellschafter das bisherige Band nicht lösen und neu schürzen, sondern um einen neuen Genossen schlingen; die bisherigen Gesellschafter wollen nicht als unverbundene Personen von Neuem mit einander, sondern in ihrer gesellschaftlichen Verbundenheit mit dem neuen Gesellschafter einen Gesellschaftsvertrag schließen; das Gesellschaftsvermögen soll keinen Augenblick aufhören, ein geschlossenes Sondervermögen zu sein, sondern nur einen neuen Theilhaber empfangen. Der gewollte Erfolg aber ist erreichbar. Das B.G.B. stellt ihm kein Hinderniß entgegen. Die Behauptung, daß „allgemeine Grundsätze“ ihn ausschlössen, beruht auf der unausgesprochenen Meinung, es müsse, wo das Gesetzbuch schweigt, das römische Sozietätsrecht zur Ausfüllung der Lücke wieder erweckt werden. Nachdem aber einmal das deutschrechtliche Prinzip der gesammten Hand in die Gesellschaft eingeführt ist, darf die Ergänzung der ausdrücklichen Gesetzesvorschriften nur im Sinne dieses Prinzips erfolgen, das die Erweiterung der Gemeinschaft durch Einfügung eines neuen Gemeiners zuläßt.[39] Andernfalls käme sogar bei der offenen Handelsgesellschaft die bisher unbestrittene Möglichkeit des Eintritts eines neuen Gesellschafters ins Wanken.[40] Für den nicht rechtsfähigen Verein aber ergäbe sich eine geradezu ungeheuerliche, dem Leben Hohn sprechende juristische Konstruktion:

37) Planck zu § 736 S. 480. Cosack S. 389 II 1. Dagegen betrachtet Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte, Leipzig, 1899, S. 397 Anm. 828, die Zulässigkeit der Aufnahme eines neuen Gesellschafters als zweifellos. Desgleichen Hölder a. a. O.

38) In dieser Weise wird denn auch der Hergang bei Planck zu § 736 S. 480 anscheinend aufgefaßt, bei Cosack S. 389 II 2 ausdrücklich konstruirt.

39) Vgl. mein Deut. Privatr. I 691 ff.

40) Denn nach H.G.B. § 105 Abs. 2 finden subsidiär die Vorschriften des B.G.B. Anwendung; eine besondere Vorschrift über den Eintritt in eine bestehende Gesellschaft ist aber lediglich in Ansehung der Schuldenhaftung in § 130 getroffen

Auflösung des alten Vereins und Errichtung eines neuen Vereins bei jeder Aufnahme eines Mitglieds!

Giebt es jedoch einen Eintritt in eine bestehende Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, so ist dabei eine besondere rechtsgeschäftliche Antheilsübertragung undenkbar. Ein übertragbarer Antheil ist ja überhaupt nicht vorhanden. Vielmehr wird ein neuer Antheil geschaffen. Die Einräumung eines solchen Antheils aber ist ein begriffsnothwendiges Stück des Aufnahmevertrages; ein Gesellschafter ohne Antheil ist bei einer Gesellschaft zur gesammten Hand nicht vorstellbar; bis zur Einräumung des Antheils läge nur ein Vorvertrag über den Eintritt, bei dauernder Versagung des Antheils überhaupt keine Aufnahme in die bestehende Gesellschaft, sondern etwa der Abschluß einer stillen Gesellschaft vor. Soll durchaus ein auf Antheilsübertragung gerichtetes besonderes Rechtsgeschäft herausgeschält werden, so würde es sich in erster Linie auf den Antheil am Gesellschaftsvermögen im Ganzen (§ 719 Abs. 1) zu richten haben; hierfür aber wäre die Beschaffenheit der einzelnen Vermögensgegenstände unerheblich und einfacher Vertrag ausreichend (§ 413). Mit dem Antheil am Ganzen wären die Antheile an den einzelnen Gegenständen, da sie in ihm untrennbar enthalten sind, nothwendig mit übertragen. Ihre besondere Uebertragung ist völlig undenkbar. Sie sind durchaus unbestimmt und unwirksam, ja im Grunde eine Denkform ohne reellen Gehalt; sie ergreifen ihr Objekt nur durch das Ganze hindurch als dessen Bestandtheil; sie bilden für sich keinen möglichen Gegenstand eines rechtsgeschäftlichen Verkehrs. Die Vorschriften über die Uebertragung des Eigenthums sind auf solche Antheile an einer Sache nicht, wie auf Bruchtheile, anwendbar. Worauf soll sich denn hier etwa die Auflassung richten, wonach bei ihr die Stempelgebühr bemessen werden?[41] Und welche unerträglich verwickelten, ja überhaupt unvorstellbaren Verhältnisse ergäben sich, wenn nun hinsichtlich einzelner Gegenstände die Antheilsübertragung unterbliebe, was ja nach der gegnerischen Ansicht stets möglich wäre und bei Rechten an Grundstücken oft vorkommen würde! Ein Gesellschaftsvermögen, das als Ganzes allen Gesellschaftern zu gesammter Hand zustände, während die Antheile einzelner Gesellschafter sich auf ge-

und brauchte so wenig, wie die Vorschrift des § 28 über Eintritt in das Geschäft, wirklichen Eintritt vorauszusetzen.

41) Es geht nicht an, mit Cosack S. 367 unter 4 nach dem Vorbilde der Societät eine bestimmte Quote als Steuerobjekt anzusetzen. Vielmehr bliebe nichts übrig, als in jedem Falle eine Veräußerung des ganzen Grundstücks an die neue Gesellschaft anzunehmen. Damit aber wäre die Gesellschaft zur gesammten Hand hinter die Societät zurückgeworfen.

wisse Bestandtheile nicht erstreckten! Wie stellt sich nun die Sache, wenn einer der in engerer Gemeinschaft stehenden Gesellschafter ausscheidet? Man setze den Fall, daß vor Jahren von den damaligen drei Gesellschaftern ein Grundstück zum Gesellschaftsvermögen erworben, inzwischen aber der Hinzutritt von zwei neuen Gesellschaftern und später das succesive Ausscheiden der drei alten Gesellschafter erfolgt wäre, ohne daß eine Auflassung stattgefunden hätte. Wer ist nun Eigenthümer? Der Antheil des zuerst ausgeschiedenen Gesellschafters ist jedenfalls erloschen. Er konnte aber wohl nur seinen beiden ursprünglichen Genossen anwachsen. Als der zweite ausschied, wurde vielleicht der dritte alte Gesellschafter durch Anwachsung Alleineigenthümer. Oder war hier Anwachsung ausgeschlossen, da ja die Anwachsung nur an mehrere verbleibende Gesellschafter stattfindet und die nur noch aus zwei Personen bestehende engere Grundstücksgesellschaft sich auflöste? Erstreckt sich nicht aber vielleicht, sobald überhaupt ein Gesellschafter ausscheidet, die an sämmtliche andere Gesellschafter erfolgende Anwachsung seines Antheils auch auf den Antheil am Grundstück, so daß mit dem ersten Ausscheiden eines miteingetragenen Gesellschafters Alles wieder in Ordnung käme? Auch das wäre ein seltsames Ergebniß. Unter allen Umständen ergäbe sich eine wirre und unsichere Rechtslage, die namentlich auch den Gläubigern gefährlich werden könnte.[42] Es bedarf keiner Ausmalung, wie die Unzuträglichkeiten sich steigern müßten, sobald es sich um einen nicht rechtsfähigen Verein mit häufig wechselndem Mitgliederbestande handelt. Hier träten noch weitere Schwierigkeiten im Falle des Vereinskonkurses hinzu.

Die ganze Theorie ist unannehmbar. Die mit dem Eintritt neuer Gesellschafter von Rechtswegen eintretende Abwachsung von Antheilen bildet das nothwendige Korrelat ihrer Abwachsung, sie folgt aus dem Begriff des Gesellschaftsvermögens und liegt im Wesen der gesammten Hand. Auch hier gilt für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts materiell dasselbe, was für die offene Handelsgesellschaft stets gegolten hat. Nur besteht wieder der Unterschied, daß bis zur Eintragung eines neuen Gesellschafters in das Grundbuch hier das Grundbuch unrichtig ist. Die Berichtigung kann jederzeit verlangt werden, ohne daß eine andere Thatsache als der Eintritt des neuen Gesellschafters nachgewiesen zu werden brauchte. Bis dahin aber ist in Ansehung des

42) So, wenn ein Gläubiger auf Grund eines gegen sämmtliche Gesellschafter ergangenen Urtheils die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen, dessen thatsächlichem Bestande er traute, nachsucht und nun erfährt, daß der angegriffene Gegenstand einem Nichtgesellschafter gehört oder mitgehört.

eingetragenen Rechts die Mitträgerschaft des uneingetragenen Theilhabers für den gutgläubigen Dritten nicht vorhanden.[43]

V.

Die Rechtsverhältnisse zwischen dem nicht rechtsfähigen Verein und seinen Mitgliedern müssen in Folge der Anwendung des Gesellschaftsrechts in gegenseitige Rechte und Pflichten der Mitglieder umgedeutet werden (§ 705). Immerhin ergiebt sich auch hier daraus, daß vermöge des Prinzips der gesammten Hand insoweit, als Gesammtrecht und Sonderrecht zu unterscheiden sind, die zur Personeneinheit verbundenen Gesellschafter den einzelnen Gesellschaftern als unverbundenen Personen gegenübertreten,[44] ein körperschaftsähnliches Verhältniß, das durch die Satzung gesteigert werden kann.

In Angelegenheiten des Vereins als solchen, die hier als gemeinschaftliche Angelegenheiten im Bereiche des ungetheilten Gesammtrechts erscheinen, ist jedes Mitglied satzungsmäßig gebunden, dem verfassungsmäßigen Mehrheitsbeschluß unterworfen und der verfassungsmäßigen Geschäftsführung und Vertretung unterstellt.

In eigenen außerhalb des Vereinsverhältnisses liegenden Angelegenheiten steht jedes Mitglied dem Vereine als Dritter gegenüber.

Dazwischen aber giebt es Sonderrechtsverhältnisse, die im Vereinsrecht wurzeln, jedoch dem einzelnen Mitgliede individuelle Verbindlichkeiten und Befugnisse zutheilen. Ueber ihren Umfang und ihre Stärke entscheiden zum Theil gesetzliche Regeln, die aber fast sämmtlich durch abweichendes Satzungsrecht ersetzbar sind. Unantastbar ist natürlich der allgemeine Grundsatz, daß die einmal begründeten Sonderrechtsverhältnisse der Vereinsherrschaft entrückt sind. Man wird ferner annehmen dürfen, daß durch die Satzung der Rechtsweg zum Schutze der Sonderrechtsverhältnisse nicht völlig ausgeschlossen werden kann.[45]

Unter den Verpflichtungen der Mitglieder ist die Beitrags-

---

43) Demgemäß kann auch der uneingeweihte Gläubiger auf Grund eines Urtheils, das nur gegen die eingetragenen Gesellschafter ergangen ist, Zwangsvollstreckung in das Grundstück fordern.

44) Die Nothwendigkeit, auch bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts die Gesellschaft als Personeneinheit dem Gesellschafter als Einzelnen gegenüberzustellen, betont Cosack II 373 ff. Für die Handelsgesellschaft vgl. meine Genossenschaftstheorie S. 522 ff.

45) Vgl. meine Genossenschaftstheorie S. 446 Anm. 1, 481 Anm. 1, 496 Anm. 1; auch Leist a. a. O. S. 8 u. 52.

pflicht nach den Vorschriften der §§ 705—707 zu beurtheilen.[46] Danach ist eine Erhöhung der Beiträge durch Mehrheitsbeschluß nur insoweit zulässig, als ihre Zulässigkeit von vornherein in der Satzung vereinbart ist. Andere Verpflichtungen können durch die Satzung begründet oder in deren Rahmen übernommen werden. Bei der Erfüllung aller ihm obliegenden Verpflichtungen hat das Mitglied nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, die es in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§ 708). Ein Satz, der auch für die Verantwortlichkeit aus Geschäftsführung gilt (§ 713), jedoch die vertragsmäßige Uebernahme einer strengeren Haftung nicht ausschließt.[47]

Was die Rechte der Mitglieder anbetrifft, so hängt zunächst die Stärke des Rechts auf Beibehaltung der Mitgliedschaft und des umgekehrten Rechts auf ihre Kündigung vorbehaltlich der schon erwähnten Einschränkungen durch §§ 723—724 von der Satzung ab. Als ein gegen willkürliche Entziehung gesichertes Recht gilt nach der gesetzlichen Regel auch das satzungsmäßig übertragene Recht auf Geschäftsführung und Vertretung (§§ 712, 715); die Satzung kann aber für jede Organstellung die für den Körperschaftsvorstand nach gesetzlicher Regel (§ 27 Abs. 2) geltende freie Widerruflichkeit einführen. Jedes Mitglied hat das Recht, sich von den Vereinsangelegenheiten persönlich zu unterrichten, die Geschäftsbücher und Papiere einzusehen und sich aus ihnen eine Uebersicht über den Stand des Vereinsvermögens anzufertigen; eine satzungsmäßige Ausschließung oder Beschränkung dieses Rechts fällt bei begründetem Verdacht unredlicher Geschäftsführung weg (§ 716). Lediglich die Satzung entscheidet darüber, ob den Mitgliedern ein Anspruch auf einen Gewinnantheil gebührt[48] oder Ansprüche auf anderweitige Leistungen aus dem Vereinsvermögen oder auf Benutzung von Vereinssachen zustehen oder etwa nur rein ideelle Vortheile oder Genüsse zufließen oder auch schlechthin kein eigener Nutzen erwächst.

Für den Fall der Auflösung des Vereins hat jedes Mitglied nach der gesetzlichen Regel einen nach §§ 731—735 zu berechnenden Auseinandersetzungsantheil zu beanspruchen. Die Satzung kann aber ein Anderes bestimmen (§ 731). Sie kann und wird meist eine abweichende Art der Vertheilung des Vereinsvermögens unter die

---

46) Im Zweifel haben die Mitglieder gleiche Beiträge zu leisten. Die Beiträge können auch in der Leistung von Diensten bestehen.

47) Wird nichts Besonderes vereinbart, so mahnt § 713 zu großer Vorsicht bei der Vorstandswahl.

48) Ist dies der Fall, so gelten §§ 721 u. 722; natürlich kommt nicht Abs. 1, sondern Abs. 2 des § 721 zur Anwendung.

Mitglieder anordnen.[49] Auch kann sie, wie dies bei gemeinnützigen Vereinen und auch bei selbstnützigen Vereinen für ideale Zwecke nicht selten vorkommt, jeden Anspruch der Mitglieder an das Vereinsvermögen ausschließen. Ebenso kann die durch § 735 den Mitgliedern auferlegte Verpflichtung zur Deckung eines Fehlbetrages wegbedungen werden.[50]

Scheidet ein Mitglied aus, so hat es nach der gesetzlichen Regel als Abfindung für seinen den anderen Mitgliedern zuwachsenden Antheil das zu fordern, was es bei der Auseinandersetzung erhalten würde (§ 738), muß andererseits zur Deckung eines Fehlbetrages verhältnißmäßig beitragen (§ 739) und bleibt noch an Gewinn und Verlust aus schwebenden Geschäften betheiligt (§ 740). Auch diese Bestimmungen aber sind beliebig abänderlich und werden bei den meisten Vereinen sogar ohne ausdrückliche Vereinbarung als gänzlich wegbedungen gelten müssen.[51] Demgegenüber sucht A. Leist in eingehender Ausführung nachzuweisen, daß zwar der Abfindungsanspruch für den Fall des Austrittes oder Ausschlusses von einer Wegbedingung der für den Fall der Auflösung gewährten Rechte mitbetroffen werde, daß aber dem ausscheidenden Mitgliede durch die Satzung nicht der Anspruch auf dasjenige entzogen werden könne, was es zu fordern haben würde, wenn in dem Zeitpunkte des Ausscheidens die Auflösung erfolgte.[52] Denn § 738 enthalte zwingendes Recht. Leist giebt zu, daß der bloße Mangel eines ausdrücklichen Vorbehalts in § 738 nichts entscheidet, daß vielmehr nach der Absicht beider Kommissionen darin nur dispositive Vorschriften enthalten sein sollten.[53]

---

49) Die Vorschrift des § 732 über Rückgabe der der Gesellschaft zur Benutzung überlassenen Gegenstände paßt auch für Vereine. Dagegen ist die Vorschrift des § 733, nach der aus dem nicht zur Schuldenberichtigung erforderlichen Gesellschaftsvermögen zunächst die gemachten Einlagen zurückzuerstatten oder dem Werth nach zu ersetzen sind, zwar an sich auch auf die wiederkehrenden Beiträge der Vereinsmitglieder anwendbar (Leist a. a. O. S. 20), jedoch für die Mehrzahl der Fälle so unangemessen, daß sie auch ohne ausdrückliche Vereinbarung als wegbedungen gelten muß. Die Vorschrift der § 734 entfällt von selbst, wenn die Mitglieder keine Gewinnantheile beziehen; an die Stelle tritt dann im Zweifel Vertheilung des Ueberschusses nach Köpfen (gemäß den nach § 731 S. 2 geltenden Regeln der §§ 752—755 in Verbindung mit § 742).

50) In der Anwendung auf die Rückerstattung der durch lange Jahre hindurch gezahlten Beiträge ergäbe § 735 eine geradezu ungeheuerliche Belastung der jüngeren Mitglieder.

51) Vgl. Planck zu § 54 Anm. 2 unter k, zu § 738; Oertmann Anm. 4 zu § 738; Cosack a. a. O. S. 389 unter c; Saleilles a. a. O. p. 456.

52) A. Leist a. a. O. S. 19 ff., 46 ff.

53) Vgl. Motive zu Entw. I Bd. II 632; Protokolle der zweiten Lesung II 444. In der That dürfte die Fassung des § 738 in Verbindung mit dem all=

Er meint indeß, seine Auslegung damit begründen zu können, daß die Gleichbehandlung des Abfindungsanspruchs mit dem Auseinandersetzungsanspruche ein Gebot der öffentlichen Ordnung sei. Denn sonst würde auch bei nicht rechtsfähigen Vereinen eine Vereinsherrschaft ermöglicht, wie sie höchstens rechtsfähigen Vereinen zugestanden werden könne. Sei der Austritt oder Ausschluß mit einem Vermögensnachtheile verbunden, so vermöge die Mehrheit auf die Minderheit einen mit dem Reichthume des Vereins wachsenden Druck zu üben und widerstrebende Elemente durch das Vermögensinteresse dauernd zu fesseln. Dagegen fordere das öffentliche Wohl, daß der nicht rechtsfähige Verein, wenn er nicht überhaupt sein Vermögen jedem Mitgliederanspruch entziehe, von der Gefahr bedroht bleibe, eine mit den Zielen und Mitteln der Mehrheit unzufriedene Minderheit unter Mitnahme eines Vermögenstheils ausscheiden zu sehen. Vor Allem bei politischen, sozialpolitischen und religiösen Vereinen sei ein solcher Schutz gegen Vereinsherrschaft unerläßlich.[54] Wir wollen hier die Frage, inwieweit wirkliche Vereinsfreiheit ohne Vereinsgewalt denkbar und die Unterbindung eines kräftigen Vereinslebens um möglicher Mißbräuche willen erstrebenswerth ist, nicht aufrollen. Zumal ohnehin der von Leist betretene Weg schwerlich zum Ziel führen würde; die Vereine würden die Ansprüche der Mitglieder an das Vereinsvermögen für den Fall der Auflösung wie des Ausscheidens wegbedingen und behielten dann immer noch freie Hand, bei bevorstehender Auflösung die Satzung zu ändern. Unter allen Umständen aber reichen subjektive Befürchtungen und Wünsche nicht aus, um aus unbewußter Schöpfung des Gesetzgebers einen neu ersonnenen Rechtssatz hervorspringen zu lassen, der nicht nur dem bisherigen Recht, sondern auch den Gepflogenheiten und Anschauungen des Lebens schroff widerspricht. Sollte aus rechtspolitischen Erwägungen so tief in die Vertragsfreiheit eingegriffen und einem reinen Vermögensrecht Unverzichtbarkeit beigelegt werden, so war dazu ein unzweideutiger Ausspruch erforderlich. Die Vereinssatzung wird also auch fernerhin dem ausscheidenden Mitgliede jeden Anspruch auf einen Vermögenstheil versagen dürfen, ohne zugleich den Anfall des Vermögens an die bei der Auflösung vorhandenen Mitglieder ausschließen zu müssen.

Je nach der satzungsmäßigen Ausgestaltung der gesellschaftlichen

---

gemeinen Charakter der Bestimmungen des Obligationenrechts eine zwingende Kraft der hier gegebenen Vorschriften geradezu ausschließen, wie doch auch § 739 und § 740 nur dispositiv verstanden werden können.

54) Daher sei auch solchen Vereinen niemals Rechtsfähigkeit zuzugestehen; oben Anm. 3.

Sonderrechte richtet es sich, ob den Mitgliedern neben den unübertragbaren gegenseitigen Ansprüchen aus dem Vereinsverhältnisse übertragbare Ansprüche auf einen Gewinnantheil oder Auseinandersetzungsantheil oder aus Geschäftsführung zustehen (§ 717). Solche Ansprüche können und werden oft ganz fehlen. Soweit sie fehlen, findet auch der Gläubiger eines Mitglieds kein pfändbares Recht aus der Mitgliedschaft vor. Trotzdem bleibt er formell befugt, den Antheil im Ganzen zu pfänden (C.P.O. § 859) und die Mitgliedschaft zu kündigen (§ 725); wenn aber das erzwungene Ausscheiden des Mitglieds keinen pfändbaren Anspruch auslösen würde, möchte solches Vorgehen an § 226 scheitern.

VI.

Schwierige Fragen erheben sich in Ansehung der Schuldenverhältnisse.

Es giebt Vereinsschulden. Es giebt sie schon deshalb, weil es Gesellschaftsschulden giebt.[55] Der Begriff der Gesellschaftsschulden ist freilich im B.G.B. nicht näher bestimmt. Es ist nur von „gemeinschaftlichen Schulden" die Rede, die bei der Auseinandersetzung aus dem Gesellschaftsvermögen zu bestreiten sind. Allein zweifellos können darunter nur solche gemeinschaftlichen Schulden verstanden werden, die aus der gesellschaftlichen Geschäftsführung oder sonst in Bezug auf das Gesellschaftsvermögen entstanden sind.[56] In gleicher Weise ist der Begriff der Vereinsschulden zu begrenzen.

Im Verhältniß der Gesellschafter zu einander sind die Gesellschaftsschulden als Passivbestandtheile des Gesellschaftsvermögens anerkannt; sie sind aus dem Gesellschaftsvermögen zu berichtigen und stellen, insoweit das Gesellschaftsvermögen nicht ausreicht, einen Fehlbetrag im Sinne eines gesellschaftlichen Passivvermögens dar. Diese Regeln sind auf Vereinsschulden anwendbar.

---

55) Dies bestreitet Schollmeyer a. a. O. S. 72. Vgl. aber Oertmann a. a. O. S. 455 Anm. 2 d; Leske a. a. O. S. 294; Planck zu § 733 S. 478 Anm. 1; Cosack II 367 ff.

56) Dies ergiebt sich aus §§ 733, 735 u. 739, besonders im Zusammenhalt mit §§ 755 u. 756 u. Konk.O. § 51. Es wäre absurd, wenn jeder Gesellschafter hinsichtlich einer beliebigen, dem Gesellschaftsverhältniß fremdartigen gemeinschaftlichen Schuld, bei der vielleicht ganz andere Antheile bestehen, Berichtigung aus dem Gesellschaftsvermögen fordern könnte und für den Fehlbetrag nach Maßgabe seiner gesellschaftlichen Verlustgefahr aufkommen müßte! — Ausdrücklich bestimmt § 733 Abs. 1, daß zu den Gesellschaftsschulden auch solche gehören, die den Gläubigern gegenüber getheilt sind oder für die einem Gesellschafter (z. B. auf Grund seiner Geschäftsführung) die anderen Gesellschafter haften.

Den Gläubigern gegenüber ist bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts in scharfem Gegensatz zum Handelsgesellschaftsrecht der Begriff der Gesellschaftsschulden unvollkommen durchgeführt.[57] Zwar ist er auch den Gläubigern gegenüber nicht bedeutungslos; denn jedenfalls haften, sobald eine Gesellschaftsschuld vorliegt, die Gesellschafter für diese zu gesammter Hand mit dem Gesellschaftsvermögen; der Gläubiger kann daher ein gegen alle Gesellschafter wirksames Urtheil erlangen und auf Grund desselben die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen betreiben (C.P.O. § 735);[58] auch können Gesellschaftsschulden und Gesellschaftsforderungen sowohl von den Gesellschaftern wie von dem Gläubiger gegen einander aufgerechnet werden.[59] Allein die Gesellschaftsgläubiger haben kein ausschließliches Zugriffsrecht auf das Gesellschaftsvermögen, wie es ihnen bei der Handelsgesellschaft durch das Erforderniß eines gegen „die Gesellschaft" ergangenen Urtheils gesichert wird (H.G.B. § 124 Abs. 2); auch ein Gläubiger, dem aus irgend einem anderen Grunde die Gesellschafter als Gesammtschuldner haften, kann das gegen sämmtliche Gesellschafter ergangene Urtheil in das Gesellschaftsvermögen vollstrecken lassen.[60] Und ein besonderer Konkurs über das Gesellschaftsvermögen, wie bei der offenen Handelsgesellschaft (Konk.O. § 209), findet nicht statt; die Gesellschaftsgläubiger haben daher hier kein Recht abgesonderter Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen, sind vielmehr im Konkurse der Gesellschafter auf die Auseinandersetzung außerhalb des Konkurses verwiesen (Konk.O. § 16).[61] Auch diese Regeln sind

---

57) Dagegen nimmt Cosack II 369 ff. an, daß hinsichtlich der Haftung zur gesammten Hand mit dem Gesellschaftsvermögen die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts der offenen Handelsgesellschaft ganz gleichstehe. Ebenso L. Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht, Leipzig 1899, S. 72.

58) So auch im Falle einer getheilten Schuld, da, wenn sie Gesellschaftsschuld ist, jeder Gesellschafter jedenfalls mit seinem Antheil am Gesellschaftsvermögen haftet; vgl. unten Anm. 73.

59) Oertmann a. a. O.; Planck a. a. O. § 719 Anm. 3 S. 469.

60) Planck a. a. O. Anm. 2 S. 468; a. M. Cosack S. 372 IV 2. Aber nur bei Gesammtschuld, nicht bei getheilter Schuld! — Kann ein Gläubiger, dem sämmtliche Gesellschafter aus einem außergesellschaftlichen Grunde als Gesammtschuldner haften, auch gegen eine Gesellschaftsforderung aufrechnen? Man wird dies bejahen müssen, während es für die offene Handelsgesellschaft zu verneinen ist. Dann hat freilich der Wortlaut des künftig ja auch an Stelle des H.G.B. Art. 121 tretenden § 719 Abs. 2 hier und dort einen verschieden Sinn!

61) Dagegen nehmen L. Seuffert a. a. O. S. 72 und Cosack II 366 u. 369 an, daß die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts konkursfähig sei. Das hätte aber ausdrücklich bestimmt werden müssen. Vgl. Jäger, Komm. zur K.O. S. 30 Anm.; Saleilles a. a. O. p. 458.

auf nicht rechtsfähige Vereine insoweit anwendbar, als der Vereinsgläubiger das Vereinsvermögen als Gesellschaftsvermögen behandelt und sich demgemäß, wozu er befugt ist, gegen sämmtliche Vereinsmitglieder wendet. [61a]) Allein diese Möglichkeit hat geringe praktische Bedeutung. Denn eine gemeinschaftliche Schuld sämmtlicher Mitglieder, die nicht Vereinsschuld ist, wird nicht leicht vorkommen. Der Vereinsgläubiger aber wird, wenn er sich an das Vereinsvermögen halten will, vielmehr von der ihm verliehenen Befugniß Gebrauch machen, den Verein als juristische Person zu behandeln; er wird den Verein als solchen verklagen, auf Grund des gegen ihn ergangenen Urtheils die Zwangsvollstreckung in das Vereinsvermögen betreiben und erforderlichen Falls die Eröffnung des Konkurses über das Vereinsvermögen herbeiführen. Hiermit aber gewinnen die Vereinsschulden auch den Gläubigern gegenüber die den Gesellschaftsschulden versagte Vollwirksamkeit von Passivbestandtheilen des Vereinsvermögens. [62]

Immer aber unterscheiden sich die Vereinsschulden des nicht rechtsfähigen Vereins von den Schulden des rechtsfähigen Vereins dadurch, daß neben der Haftung des Vereins mit seinem Vermögen eine Sonderhaftung Einzelner besteht. Soweit ein im Namen des Vereins geschlossenes Rechtsgeschäft zu Grunde liegt, haften ja die Handelnden persönlich und unbeschränkt. Außerdem aber haften sämmtliche Mitglieder in gleicher Weise wie Gesellschafter. Dies bedeutet, daß sie, da eine gesetzliche Haftungsgemeinschaft wie bei der offenen Handelsgesellschaft nicht gilt, den allgemeinen Grundsätzen gemäß haften. Sie haften also aus jeder vertragsmäßigen Schuld, mag sie von allen zusammen oder von einem dazu befugten Vertreter eingegangen sein, mangels anderer Vereinbarung als Gesammtschuldner. Sie haften ferner als Gesammtschuldner, wenn es sich um eine untheilbare Leistung oder um einen besonderen Fall nothwendiger Gesammtschuldnerschaft (z. B. aus gemeinschaftlicher unerlaubter Handlung) handelt. Dagegen haften sie nach Antheilen, wenn bei einer vertragsmäßigen Schuld dies ausgemacht oder bei einer nicht vertragsmäßigen Schuld mit theilbarem Leistungs-

---

61a) Uebereinstimmend Zitelmann a. a. O. S. 69.

62) Nur wegen solcher Schulden, die, wenn der Verein rechtsfähig wäre, Körperschaftsschulden sein würden, findet die Zwangsvollstreckung aus C.P.O. § 735 statt. Nur solche Schulden begründen eine „Ueberschuldung", die nach Konk.O. § 207 Abs. 1 das Konkursverfahren rechtfertigt. Nur solche Schulden machen den Gläubiger zum Konkursgläubiger, so daß die bevorzugte abgesonderte Befriedigung der Vereinsgläubiger aus dem Vereinsvermögen gesichert ist. Auch hinsichtlich der Aufrechnung gilt Körperschaftsrecht.

gegenstande nichts Anderes ausgemacht ist. In jedem Falle, mögen sie solidarisch oder antheilig haften, ist ihre Haftung direkt, prinzipal und unbeschränkt. Somit kann namentlich wegen einer vom Vereinsvorstande gültig für den Verein eingegangenen Verbindlichkeit der Gläubiger, statt den Verein selbst oder die handelnden Vorstandsmitglieder zu belangen, jedes beliebige Vereinsmitglied angreifen und aus dessen Vermögen bis zur Erschöpfung Befriedigung suchen.[63]

Allein diese gesetzlichen Regeln, bei deren unveränderter Geltung der Eintritt in einen nicht rechtsfähigen Verein meist ein unverantwortlicher Leichtsinn wäre, sind nicht zwingend. Durch Vereinbarung mit dem Gläubiger kann in jedem Einzelfalle die Haftung wegbedungen oder beliebig beschränkt werden. Es steht namentlich nichts im Wege, eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung der Mitglieder so zu begründen, daß jedes Mitglied nur mit einem Theil seines Vermögens, daß es insbesondere nur mit seinem Antheil am Vereinsvermögen haftet.[64] Ist aber eine solche Abrede wirksam, so kann auch von vornherein durch die Satzung die Vertretungsmacht des Vorstandes dahin eingeschränkt werden, daß er die Mitglieder nur unter Beschränkung ihrer Haftung auf ihre Antheile verpflichten kann.[65] Eine derartige Einschränkung der Vertretungsmacht wird sogar regelmäßig als gewollt erhellen. Dann kann, da die Ueberschreitung der Vertretungsmacht dem Vertretenen unschädlich ist, der Gläubiger sich nur an die Antheile der Mitglieder und somit an das Vereinsvermögen halten. Von mehreren Schriftstellern ist die Zulässigkeit einer allgemeinen Satzungsbestimmung dieses Inhaltes bestritten und dagegen namentlich angeführt, daß damit sich ja jede Gesellschaft im Wesentlichen die Stellung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung verschaffen könnte, was doch schwerlich der Gesetzesabsicht entspreche.[66]

---

63) Das Mitglied kann nicht einmal mit einer Vereinsforderung aufrechnen. Denn der Gesellschafter hat nicht das Recht, das dem offenen Handelsgesellschafter (vgl. meine Genossenschaftstheorie S. 544 Anm. 3) zusteht; Planck a. a. O. Anm. 3 S. 469.

64) Hierüber herrscht bisher Einigkeit. Planck I 104 h, II 7—8; Hachenburg S. 203; Eck S. 84; Matthiaß S. 114; Rehbein S. 43; Leist S. 38; Oertmann S. 2; Dernburg, Das bürgerliche Recht II 14ff.; Cosack II 371.

65) So Planck a. a. O.; Enneccerus a. a. O. I 96ff.; Kuhlenbeck a. a. O. S. 239; Meisner a. a. O. S. 54 Anm. 2; Leist a. a. O. S. 38ff.; auch Cosack II 371 (mit Hinzufügung von Einschränkungen, die jedenfalls für den nicht rechtsfähigen Verein nicht passen). — In der Kommission waren die Ansichten über die Zulässigkeit getheilt; Protok. II 460.

66) So Hachenburg a. a. O. S. 203; Eck a. a. O. S. 85; Matthiaß a. a. O. S. 115; Rehbein a. a. O. S. 43. Zweifelnd Saleilles p. 457.

Allein hierbei ist übersehen, daß doch ein tiefgreifender Unterschied bestehen bleibt, indem der Handelnde selbst hier unbeschränkt haftet. Bei einem nicht rechtsfähigen Verein bildet eben die Haftung aus B.G.B. § 54, die zwar im einzelnen Falle natürlich gleichfalls wegbedungen werden kann,[67] jedoch für die Satzung unantastbar ist, eine ausreichende Schutzwehr der Gläubiger.[68] Liegt eine bloße Gesellschaft vor, so würde, da eine Gesellschaft mit derartigem Gesellschaftsvertrage als eine nicht eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung erschiene, die gleiche Haftung der Handelnden nach § 11 des R.Ges. v. 20. April 1892 eintreten.[69] Nicht anders, wenn eine Aktiengesellschaft in Frage stände, nach H.G.B. § 200. Uebrigens fallen künftig alle Aktiengesellschaften und die meisten Gesellschaften mit beschränkter Haftung bis zur Eintragung auch unter die Vorschriften des B.G.B. über nicht rechtsfähige Vereine. Nach bisherigem Recht ist, wenn vorzeitig in ihrem Namen kontrahirt wird, eine unbeschränkte Haftung sämmtlicher Gesellschafter sicher nicht begründet. Soll sich dies ändern? Daß Jedermann, der sich mit einem nicht rechtsfähigen Vereine einläßt, die Satzung prüfen muß, um zu erfahren, wer und wie ihm außer dem Handelnden haften wird, ist richtig. Aber die Prüfung muß er ja schon vornehmen, um zu erkennen, ob der Handelnde überhaupt Vertretungsmacht hat.

Die Sonderhaftung des Vereinsmitglieds wird an sich durch sein Ausscheiden nicht berührt.[70] Sie entfällt aber von selbst, wenn das ausscheidende Mitglied nur mit seinem Antheil haftet.[71]

Umgekehrt wird durch den Eintritt in den Verein nicht von Rechtswegen, wie bei der offenen Handelsgesellschaft (H.G.B. § 130), eine Sonderhaftung für die bisherigen Vereinsschulden begründet. Doch kann damit nach der Satzung nicht nur eine Mitübernahme der Vereins-

---

67) Hruza, Sächs. Arch. V 54; Meisner S. 54; Matthiaß S. 114.

68) Der § 54 S. 2 wäre überdies, wenn die Haftung der Mitglieder nicht generell beschränkt werden könnte, ziemlich überflüssig, da bei vorhandener Vertretungsmacht der Eintritt der gesammtschuldnerischen Haftung aller Mitglieder, bei mangelnder Vertretungsmacht der Schutz der §§ 177—180 genügte.

69) Dazu treten die bei Leist a. a. O. S. 39 ff. angestellten Erwägungen.

70) Vgl. Oertmann Anm. 2 zu § 738, Planck S. 482. Das ausscheidende Mitglied hat nur einen Anspruch auf Befreiung und ist andererseits bei Ueberschuldung des Vereins zu einem Zuschuß verpflichtet.

71) Auch der Befreiungsanspruch aus § 738 ist dann gegenstandslos. Die Zuschußpflicht aus § 739 muß besonders wegbedungen sein. Empfängt trotz Ueberschuldung des Vereins der Ausscheidende für seinen Antheil eine Abfindung aus dem Vereinsvermögen, so wird er damit den Gläubigern haftbar bleiben; vgl. unten Anm. 91.

schulden gegenüber den anderen Mitgliedern, sondern auch eine Schuldübernahme gegenüber den Gläubigern verbunden sein.[72] Und der für das neue Mitglied abwachsende Antheil am Vereinsvermögen kann überhaupt nur mit der durch die Vereinsschulden für das Vereinsvermögen als Ganzes bewirkten Belastung zur Entstehung kommen.[73]

VII.

Im **Prozeß** besitzt der nicht rechtsfähige Verein die passive Parteifähigkeit; er kann verklagt werden und hat dann in dem Rechtsstreite die Stellung eines rechtsfähigen Vereins (C.P.O. § 50 Abs. 2). Damit wird der Verein als verklagte Prozeßpartei schlechthin dem Körperschaftsrecht unterstellt: seine Satzung gilt als Satzung, seine Verfassung als Organisation der Mitglieder zu einem einheitlichen Ganzen, sein Vorstand als Organ einer juristischen Person. Demgemäß hat der Vorstand für alle Prozeßhandlungen die Stellung eines gesetzlichen Vertreters (B.G.B. § 26) und kann Eide Namens des Vereins leisten.[74] Dieselbe formelle Rechtsfähigkeit gebührt dem Verein in einem gegen ihn eingeleiteten Zwangsvollstreckungsverfahren (C.P.O. § 735) und in dem über sein Vermögen

---

72) Vgl. **Planck** I 104—105 unter 1, II 480 Anm. 2.

73) Dagegen verlangt **Planck**, wie eine besondere Antheilsübertragung, so eine besondere Schuldübernahme in Höhe des Antheils. Er verkennt nicht die mißliche Lage, in die, wenn die Schuldübernahme unterbleibt, schon bei der einfachen Gesellschaft die Gläubiger kommen, vertröstet aber auf Pfändung der alten Antheile oder auf Anfechtung auf Grund des Anfechtungsgesetzes. Wächst der neue Antheil von Rechtswegen ab und hat daß Gesellschaftsvermögen Passivbestandtheile, so ergiebt sich ohne Weiteres die allein praktische Lösung; natürlich kann dann der Gläubiger behufs Zugriffs auf das Gesellschaftsvermögen auch die nach C.P.O. § 736 erforderliche Mitverurtheilung des neuen Gesellschafters (unter Vorbehalt der Haftbeschränkung) verlangen. Wie die Schwierigkeiten überwunden werden sollen, wenn es sich um einen nicht rechtsfähigen Verein handelt, den der Gläubiger nach C.P.O. § 50 verklagt, sagt **Planck** nicht. Hier liegt es klar zu Tage, daß die jeweiligen Mitglieder unweigerlich mit ihren Antheilen für alle Vereinsschulden haften müssen. Oder sollte der Verein einwenden dürfen, eine alte Schuld sei nicht seine, sondern nur eines engeren Kreises alter Mitglieder Schuld? — Richtig **Hellwig** a. a. O. S. 397 Anm. 829. Zu dem richtigen Ergebniß, aber nur mit Hülfe des § 419, gelangt **Cosack** II 390.

74) C.P.O. §§ 473—474, 476. — Der Vorstand ist jetzt nothwendig (B.G.B. § 26 Abs. 1), muß daher, wenn er fehlt, sofort bestellt werden (B.G.B. § 27); eventuell finden B.G.B. § 29 und C.P.O. § 57 Anwendung. Für empfangsbedürftige Willenserklärungen gilt B.G.B. § 28 Abs. 2, für Zustellungen C.P.O. §§ 171 u. 184. Auch C.P.O. §§ 51 u. 56 sind anwendbar.

eröffneten Konkursverfahren (Konk.O. § 213).[75] Die Zwangsvollstreckung und die Konkurseröffnung wirken aber zugleich auf das materielle Rechtsverhältniß hinsichtlich der Vereinsschulden kräftig ein.[76]

Die aktive Parteifähigkeit ist dem Verein versagt. Eine Klage können nur sämmtliche jeweilige Mitglieder als Streitgenossen anstellen (C.P.O. § 59). Der Vorstand kann nur als Bevollmächtigter auftreten, die Mitglieder müssen selbst die Eide leisten (C.P.O. § 472, 476), das Urtheil wirkt nur für und wider sie.

Welche Schwierigkeiten sich aus dieser halben Parteifähigkeit ergeben müssen, haben Andere schon dargelegt.[77] Unter allen Umständen ist die in C.P.O. § 50 dem Verein „in dem Rechtsstreite" beigelegte Rechtsfähigkeit auf alle aus dem entstandenen Prozeßrechtsverhältniß entspringenden Parteirechte zu erstrecken, so daß der Verein als solcher, nachdem er verklagt ist, auch klagend auftreten kann, wenn er eine Widerklage erhebt, wenn er einen zum besonderen Verfahren verwiesenen Gegenanspruch geltend macht, wenn er im Falle der Abweisung des Klägers die zu erstattenden Kosten beitreibt, wenn er gegen das rechtskräftige Urtheil die Nichtigkeits- oder Restitutionsklage aus § 578 anstellt, wenn er im Vollstreckungsverfahren nach § 767 klagt, wenn er den Schadensersatzanspruch aus § 302 oder aus § 717 durchsetzen will u. s. w.[78] Ebenso ist zu Gunsten der Gläubiger die Fiktion der Rechtsfähigkeit behufs Durchführung der Zwangsvollstreckung in das Vereinsvermögen so weit auszudehnen, als dies eben zur Durchführung nothwendig ist.[79] Und so lange der Verein sich im Konkurse befindet, gilt er überhaupt hinsichtlich aller zur Zuständigkeit des Konkursverwalters gehörigen Rechtshandlungen und somit auch hinsichtlich der von ihm erhobenen Klagen als rechtsfähig. Allein wie steht es mit den Wirkungen der Rechtshängigkeit und der Rechtskraft für und wider den verklagten Verein, wenn in einem anderen Rechtsstreite sämmtliche Mitglieder als Prozeß-

75) Auch die Vorschrift der Konk.O. § 208 über das Antragsrecht jedes Mitglieds des Vorstands und jedes Liquidators ist nach Maßgabe der Satzung, gleich als wäre der Verein rechtsfähig, anzuwenden.

76) Vgl. oben Anm. 62.

77) Vgl. Wach, Deut. Juristenzeit. I 286ff.; Hachenburg a. a. O. S. 204; Eck a. a. O. S. 82ff.; L. Seuffert, Deut. Juristenzeit. IV 3.

78) Dies wurde als „einstimmige Auffassung der Kommission" im Bericht der Reichstagskommission zu § 49a ausdrücklich festgestellt. Vgl. Meisner I 55; Struckmann u. Koch, Die Civilprozeßordnung, 7. Aufl., 1900, S. 53.

79) Somit ist z. B. trotz der von Hachenburg S. 204 und Eck S. 83 erhobenen Bedenken die Einklagung der gepfändeten Vereinsforderung durch den Vereinsgläubiger zuzulassen.

partei auftreten? Kann der rechtskräftig abgewiesene Kläger denselben Anspruch noch einmal gegen die Mitglieder geltend machen? Können, wenn der Verein verurtheilt ist, sämmtliche Mitglieder in einem von ihnen angestrengten Prozeß das ergangene Urtheil als nicht gegen sie ergangen behandeln und umgekehrt Dritten gegenüber sich auf dieses Urtheil nicht berufen? Man wird diese Fragen verneinen dürfen.[80] Denn obschon der Verein im Prozeß die Stellung eines rechtsfähigen Vereins hatte, bleibt er doch materiell die zur gesammten Hand verbundene Mitgliedergesammtheit. Die materiellrechtlichen Prozeßwirkungen sind daher auf die Mitgliedergesammtheit umzustellen. Es ist derselbe „Verein", der in der einen Richtung als juristische Person, in der anderen als Gesellschaft behandelt wird.

Die seltsamsten Folgen werden sich aus der halben Parteifähigkeit für Streitigkeiten zwischen dem Verein und den eignen Mitgliedern ergeben. Das Mitglied kann gegen den Verein nicht blos vermögensrechtliche Ansprüche, sondern z. B. auch den Anspruch auf Anerkennung als Mitglied oder auf Feststellung der Unwirksamkeit einer Ausschließungserklärung oder der Wirksamkeit einer Austrittserklärung klageweise geltend machen. Dagegen müssen sämmtliche übrige Mitglieder klagen, wenn von einem Mitgliede ein rückständiger Beitrag eingezogen werden soll. Ein zur Geschäftsführung berufenes Mitglied kann gegen den Verein auf Ersatz von Auslagen oder auf Zahlung eines Gehalts oder auf Schadloshaltung wegen Inanspruchnahme aus seiner persönlichen Haftung klagen, aber nur von sämmtlichen Mitgliedern auf Rechenschaftsablage oder auf Herausgabe des für den Verein Erlangten oder auf Schadensersatz wegen Pflichtverletzung verklagt werden. Hier liegt die Unbilligkeit auf der Hand!

Bei einem solchen Zustande, der in vielen Fällen nach Rechtsverweigerung schmeckt, kann es nicht bleiben. Die Gerichte werden hoffentlich die trotz aller Hindernisse für das gemeine und preußische Recht errungene gesunde Praxis nicht zurückschrauben und den nicht rechtsfähigen Vereinen unter der Herrschaft des neuen Rechts auch die aktive Parteifähigkeit verschaffen. Ein gesetzliches Verbot steht nicht entgegen. Für das Verwaltungsstreitverfahren legt das B.G.B. selbst dem noch nicht eingetragenen Verein ganz unbefangen Klagfähigkeit bei.[81] Hier kann die nach der Streichung der das Gewohnheitsrecht einengenden Vorschriften nicht mehr bestreitbare Möglichkeit der Bildung eines gemeinen Gewohnheitsrechts bedeutungsvoll werden.[82]

80) Angeregt sind sie von Eck a. a. O. S. 83 ff.

81) Hachenburg a. a. O. S. 208; Zitelmann a. a. O. S. 69.

82) An Handhaben fehlt es nicht. Die satzungsmäßige Bevollmächtigung des

VIII.

Die Auflösung des Vereins kann, wie sich schon aus dem Bisherigen ergiebt, durch die Satzung an ähnliche Thatbestände geknüpft und auf ähnliche Thatbestände beschränkt werden, wie sie zur Auflösung rechtsfähiger Vereine führen. Alle gesetzlichen Auflösungsgründe der Gesellschaft (§ 723—728) können wegbedungen werden.[83] Ob die Eröffnung des Vereinskonkurses auflösend wirkt, hängt gleichfalls von der Satzung ab. Zwingend ist nur die Vorschrift, daß auch nach der Auflösung des Vereins die Eröffnung des Konkurses so lange zulässig bleibt, als die Vertheilung des Vermögens nicht vollzogen ist (Konk.O. § 207 Abs. 2).

Ueber die Folgen der Auflösung entscheiden an sich die Vorschriften des Gesellschaftsrechts. Da diese aber abänderlich sind,[84] kann die Satzung die Auflösungsfolgen ähnlich wie bei rechtsfähigen Vereinen ordnen.

In formeller Hinsicht kann eine Liquidation nach dem Vorbilde der Liquidation des rechtsfähigen Vereins (§ 48—50) vorgesehen sein.[85]

In materieller Hinsicht kann das Vermögen des aufgelösten Vereins gleichen Schicksalen, wie die Hinterlassenschaft eines rechtsfähigen Vereins unterworfen werden. Wir haben schon gesehen, daß im Falle der Vertheilung unter die Mitglieder die meist wenig passenden Sondervorschriften des Gesellschaftsrechts (§§ 731—732) wegbedungen werden können, daß aber auch jeder Anspruch der Mitglieder ausgeschlossen und das Vermögen durch die Satzung oder durch satzungsmäßigen Beschluß irgend anderen Personen zugewiesen werden kann.[86] Allein immer besteht der grundsätzliche Unterschied, daß hier das Vermögen niemals von Rechts-

---

Vorstandes reicht zur gerichtlichen Vertretung der jeweiligen Mitgliedergesammtheit aus. Man braucht nur die Bezeichnung der Kläger mit einem Kollektivnamen zuzulassen, um dem Erfolge nach die aktive Parteifähigkeit zu gewähren. Hinsichtlich der Eidesleistung wird der Richter durch die Vorschriften der C.P.O. § 472 Abs. 2 und § 476 so ziemlich in den Stand gesetzt, den Vorstand allein als schwurpflichtig zu behandeln. Sträuben sich die Gerichte, so würde es zur Beschleunigung der Entwicklung beitragen, wenn möglichst oft die vielleicht in die Hunderte gehenden Vereinsmitglieder persönlich als Kläger vor Gericht erschienen, um die Nothwendigkeit einer Abhülfe ad oculos zu demonstriren.

83) Auch die Auflösung durch Erreichung des vereinbarten Zwecks oder Unmöglichkeit seiner Erreichung (§ 726) kann zu Gunsten der Auflösung durch Beschlußfassung wegfallen.

84) So wenigstens §§ 730—735; § 729 enthält wohl zwingendes Recht.

85) Während der Liquidation gilt dann, soweit ihr Zweck es erfordert, der Verein gemäß § 730 als fortbestehend. Daraus ergiebt sich auch Fortdauer der Verklagbarkeit nach C.P.O. § 50.

86) Oben Anm. 49—50. Fehlt es an einer Bestimmung, so können immer noch alle Theilhaber, wenn sie einig sind, beliebig verfügen.

wegen als Ganzes auf ein anderes Subjekt übergeht, daß ein „Anfall“ und eine Gesammtnachfolge, wie bei dem Wegfall einer juristischen Person,[87] hier nicht stattfindet. Vielmehr bleibt an sich das Vermögen, was es war: gemeinschaftliches Vermögen der Mitglieder. Es braucht nicht erst den bei der Auflösung vorhandenen Mitgliedern anzufallen (§ 45 Abs. 3), sondern gehört ihnen nach wie vor der Auflösung. Nur steht es ihnen jetzt, soweit nicht während der Auseinandersetzung das gelöste Band fortwirkt, nicht mehr zu gesammter Hand, sondern zu gesonderten Anteilen zu, so daß das gewöhnliche Gemeinschaftsrecht mit seinem Theilungsanspruch Platz greift. Wird aber durch die Satzung oder durch satzungsmäßigen Beschluß das Vermögen einem Dritten zugewandt, so verwirklicht sich der gewollte Erfolg nicht durch einen Anfall, sondern kann nur durch eine besondere rechtsgeschäftliche Uebertragung der einzelnen Vermögensgegenstände zu Stande kommen.[88]

In Ansehung der Vereinsschulden besteht die bisherige Sonderhaftung fort. Dagegen ist eine besondere gesetzliche Fürsorge dafür, daß das Vereinsvermögen zur Befriedigung der Vereinsgläubiger verwandt werde, nicht getroffen.[89] Doch kann zunächst, so lange noch unvertheiltes Vereinsvermögen da ist, dieses schon nach Gesellschaftsrecht auf Grund eines gegen sämmtliche ehemalige Mitglieder ergangenen Urtheils angegriffen, nach den besonderen Vorschriften für nicht rechtsfähige Vereine überdies auf Grund eines gegen den ehemaligen Verein als solchen lautenden Urtheils der Zwangsvollstreckung unterworfen oder wegen Ueberschuldung in einen Sonderkonkurs gezogen werden.[90] Ferner wird die

87) Daß nach dem B.G.B. § 45 der „Anfall“ des Vermögens von Rechtswegen erfolgt und somit auch außer dem Falle des § 46 eine Gesammtnachfolge in das Vermögen einschließlich der Schulden stattfindet, scheint mir schon der Wortlaut des Gesetzes zu ergeben. Vgl. Hellwig a. a. O. S. 393 ff., Hölder a. a. O. S. 163; für das bisherige Recht meine Genossenschaftstheorie S. 876 ff., mein Deut. P.R. I 565 ff. — A. M. Planck zu § 53, Cosack I § 35 Anm. 22, Rehbein S. 56, Zitelmann S. 68. Zu näherer Darlegung ist hier nicht der Ort.

88) Auch bei etwaiger Zuwendung an den Fiskus gilt nicht § 46.

89) Die Vorschriften über Berichtigung der Gesellschaftsschulden aus dem Gesellschaftsvermögen vor dessen Vertheilung (§ 733 Abs. 1 u. 3) kommen mittelbar den Gläubigern zu Gute, geben ihnen aber kein unmittelbares Recht und können wegbedungen werden; von Liquidationszwang (§ 47), nothwendiger Gläubigeraufforderung (§ 50), Sperrjahr (§ 51) und Haftung aus verfrühter Vertheilung (§ 53) ist nicht die Rede. Auch die in § 735 den Gesellschaftern auferlegte Pflicht zur Beitragsleistung behufs Deckung eines Ausfalls kommt den Gläubigern nur mittelbar zu Statten und kann wegbedungen werden; Meisner S. 53—54; unrichtig Kuhlenbeck S. 242.

90) Dies folgt aus dem oben Anm. 58 Gesagten in Verbindung mit § 730, aus C.P.O. § 735 in Verbindung mit dem oben Anm. 85 Bemerkten und aus Konk.O. § 207 Abs. 2.

Haftung der Mitglieder, falls sie auf deren Antheil am Vereinsvermögen beschränkt ist, ohne Weiteres auch auf das zu erstrecken sein, was einem Mitgliede auf seinen Antheil vom Vereinsvermögen vor gehöriger Berichtigung oder Sicherstellung der Vereinsschulden ausgezahlt ist.[91] Endlich läßt sich, wenn das Vereinsvermögen auf einen Anderen übertragen, z. B. einer Körperschaft oder Stiftung zugeführt oder in das Vermögen eines an Stelle des aufgelösten Vereins tretenden neuen Vereins übergeführt oder bei der Verschmelzung von Vereinen mit anderen Vereinsvermögen verschmolzen wird, schwerlich eine entsprechende Anwendung des zwingenden Rechtssatzes (B.G.B. § 419) abweisen, nach dem der Uebernehmer eines Vermögens für die Schulden des bisherigen Vermögensherrn mit dem übernommenen Vermögen haftet.[92]

IX.

Gelten die Vorschriften des neuen Rechts auch für die vor dem 1. Januar 1900 entstandenen nicht rechtsfähigen Vereine?

---

91) Zur Begründung ist die gemäß B.G.B. § 157 in diesem Sinne vorzunehmende Auslegung des die Haftung einschränkenden Vertrages erforderlich, aber auch ausreichend. Es bedarf nicht der von Cosack II 386 unternommenen Begründung aus § 419, die zur Annahme einer neu entstehenden Haftung mit dem Auseinandersetzungsantheil führt. In gleicher Weise ist aus dem Vertragsinhalte die Haftung eines ausscheidenden Mitgliedes mit seinem Auseinandersetzungsantheil (oben Anm. 65) herzuleiten. Sie wird von Cosack II 389 Z. 3, da die Analogie von § 419 hier versagt, überhaupt verneint. Auch die Haftung mit ungebührlich erlassenen Beiträgen wird als vereinbart anzusehen sein. Weisen ja doch auf die innere Nothwendigkeit solcher Erstreckungen der beschränkten gesellschaftlichen Haftung auch die unter sich ungleichen und hier natürlich unanwendbaren gesetzlichen Vorschriften hin, durch die bei der Kommanditgesellschaft, der Aktiengesellschaft, der Gesellschaft mit beschränkter Haftung u. s. w. die Gläubiger gegen Entziehung des Haftungsobjektes geschützt werden; H.G.B. § 172 Abs. 3–5, § 217, Ges. v. 20. April 1892 § 31.

92) Unmittelbar anwendbar ist § 419 nicht, weil er nur vom Gesammtvermögen einer Person redet. Eine ähnliche Bestimmung für ein Sondervermögen hat das B.G.B. nur beim Erbschaftskauf getroffen (§ 2382 u. 2383). Allein überall, wo ein Sondervermögen anerkannt ist, muß, soweit eine Gesammtnachfolge in dasselbe nicht zugelassen wird, bei thatsächlicher Uebernahme des Vermögens im Ganzen mindestens den Gläubigern der Zugriff auf das Vermögen gesichert bleiben. Vgl. auch Hellwig a. a. O. S. 397, Cosack II 390. Planck a. a. O. zu § 736 S. 480 findet freilich die entsprechende Anwendung der Vorschrift des § 419 bei ihrer „durchaus singulären Natur" bedenklich und vertröstet für den Fall der Uebertragung eines Gesellschaftsvermögens die Gläubiger auf das Anfechtungsgesetz. Aber warum ist es denn „durchaus singulär", daß man sich nicht den Genuß eines fremden Vermögens verschaffen kann, ohne auch die Schulden als Passivbestandtheile mit zu übernehmen? Das scheint doch vielmehr durchaus secundum rationem juris eingeführt zu sein! Bei einem Sondervermögen aber heischt die ratio juris noch gebieterischer das Gleiche!

Die für bestehende juristische Personen im Art. 163 der E.G. zum B.G.B. gegebene Uebergangsvorschrift, nach der zwar über die Erfordernisse der Entstehung das alte Recht, dagegen über die Organisation und deren Wirksamkeit und über die Auflösung das neue Recht entscheidet,[93] ist auf unsere Vereine unanwendbar. Die in § 54 S. 1 vorgeschriebene Anwendung der Vorschriften über die Gesellschaft bezieht sich lediglich auf das Gesellschaftsrecht des B.G.B., das nach Art. 170 des E.G. nur für die nach dem 1. Januar 1900 geschlossenen Gesellschaftsverträge gilt.[94] Somit bleiben die älteren nicht rechtsfähigen Vereine grundsätzlich unter ihrem bisherigen Recht.[95]

Das Ergebniß mag unerfreulich sein, ist aber unvermeidlich.

Im Gebiete des gemeinen Rechts wird die Praxis sich mit der Annahme eines gemeinen Gewohnheitsrechts, kraft dessen schon bisher der nicht als juristische Person anerkannte Verein im Sinne einer durch Einführung der gesammten Hand abgewandelten Gesellschaft zu behandeln gewesen sei, an das neue Recht anlehnen können; sie wird, um Verwirrung zu vermeiden, gut thun, weder die Versuche einer Vergewaltigung der Vereine durch das römische Sozietätsrecht zu erneuern, noch die zu dem Gedanken der unvollkommenen Körperschaft führende Bahn weiter zu verfolgen.[96] Immerhin hat sie bei alten Vereinen den Einzelvorschriften des neuen Gesellschaftsrechts gegenüber eine freiere Stellung. Die durch gemeines Gewohnheitsrecht anerkannte volle Parteifähigkeit wird sie solchen Vereinen nicht wieder absprechen dürfen. Insofern mag sich der Fortbestand des alten Rechts als förderlich für die Durchsetzung der aktiven Parteifähigkeit auch der neuen Vereine erweisen.

Für die im Gebiete des Preußischen Landrechts als erlaubte Privatgesellschaften entstandenen Vereine gelten die Vorschriften des Preußischen

---

Und bei nicht rechtsfähigen Vereinen ist die von Planck empfohlene Behandlung der Gläubiger um Vieles unerträglicher, als bei der Gesellschaft!

93) Näheres bei Habicht, Die Einwirkung des B.G.B. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, Jena 1899, S. 81 ff.

94) Habicht a. a. O. S. 233 ff. Eine Ausnahme, die gerade für nicht rechtsfähige Vereine besondere Bedeutung hat, wird mit Habicht S. 237 hinsichtlich des in § 723 gewährleisteten Kündigungsrechtes aus wichtigem Grunde zu machen sein. Außerdem gilt nach E.G. a. 173 für die durch einen alten Gesellschaftsvertrag herbeigeführte Gemeinschaft nach Bruchtheilen das neue Recht; Habicht S. 239. Dies hat bei Vereinen nur für die Auseinandersetzung nach der Auflösung Bedeutung.

95) Das Gegentheil nimmt ohne Begründung Koderols, D.J.Z. IV 459, an; dagegen meine Bemerkungen ebenda S. 480.

96) Ueber die bisherige Praxis vgl. meine Genossenschaftstheorie S. 86 ff. — Für die Gebiete des französischen und sächsischen Rechts verhält es sich ähnlich; a. a. O. S. 97 u. 111 ff.

Landrechts (II, 6 § 11—24) fort.[97] Sie werden damit für unabsehbare Zeiten verewigt. Dies hat vor Allem für das innere Verhältniß Bedeutung, da ja solche Gesellschaften, so lange sie bestehen, „die inneren Rechte der Korporationen und Gemeinen" haben (§ 14). Somit gilt in geradem Gegensatz zum B.G.B. für alle Beziehungen zwischen dem Verein und seinen Mitgliedern grundsätzlich Körperschaftsrecht, nicht Gesellschaftsrecht.[98] Dritten gegenüber stimmt die der erlaubten Privatgesellschaft angewiesene Rechtsstellung (§ 12—13) grundsätzlich mit der des nicht rechtsfähigen Vereins überein. Doch sind im Einzelnen unentwirrbare Verwicklungen vorauszusehen, die sich aus der Fortgeltung des bisherigen Rechts ergeben werden. Man bedenke nur, daß die Streitfrage über die Schuldenhaftung der Mitglieder nach preußischem Recht nicht zur Ruhe kommen soll.[99] Einen Trost gewährt auch hier die Erwägung, daß die Praxis hoffentlich nicht geneigt, ja insoweit, als es sich um einen Streit mit einem Mitgliede handelt, schlechthin nicht in der Lage sein wird, den erlaubten Privatgesellschaften die mühsam errungene aktive Parteifähigkeit wieder zu entziehen.

Die Mißstände, die sich aus der Fortgeltung des bisherigen Rechts für ältere nicht rechtsfähige Vereine ergeben, werden einigermaßen dadurch gemildert, daß jedenfalls die Vorschriften der Civilprozeßordnung § 50 Abs. 2 und § 735 und der Konkursordnung § 213 auch auf solche Vereine anwendbar sind. Das Gleiche aber wird man für § 54 S. 2 des B.G.B. behaupten dürfen, so daß aus jedem im Namen eines älteren nicht rechtsfähigen Vereins nach dem 1. Januar 1900 mit einem Dritten abgeschlossenen Rechtsgeschäft eine persönliche Haftung der Handelnden entspringt.[100] Denn diese Vorschrift ist zwingend und würde ihren Zweck verfehlen, wenn man bei dem Verkehr mit einem nicht rechtsfähigen Verein immer erst dessen Geburtstag erkunden müßte.

97) Die reichsrechtliche Aufhebung dieser Vorschriften (vgl. Begründung zum Entw. d. Preuß. A.G. S. 224 ff.) steht natürlich ihrer Anwendung auf ältere Vereine so wenig entgegen, wie die Aufhebung des Tit. 17 Th. I seiner Anwendung auf ältere Gesellschaften.

98) Theoretisch ergiebt sich eine völlig andere Konstruktion, praktisch die Anwendbarkeit aller Regeln des Körperschaftsrechts ohne besondere Vereinbarung. Insbesondere kann das ausscheidende Mitglied, von Handlungsgesellschaften abgesehen (§§ 16—20), mangels gegentheiliger Bestimmung keinen Antheil fordern (§ 15). Dagegen fällt bei der Auflösung das Vermögen mit der in § 21 gemachten Ausnahme an die vorhandenen Mitglieder.

99) Vgl. meine Genossenschaftstheorie S. 107 ff.

100) So auch Rehbein a. a. O. S. 43.

Heinrich Brunner.

Beiträge zur Geschichte des germanischen Wartrechtes.

In der neueren germanistischen Literatur ist es üblich geworden, das Recht der Erben, das der Verfügungsfreiheit des Erblassers eine gewisse Schranke zog, als Wartrecht zu bezeichnen. Genau genommen dürfte man von einem Wartrechte nur sprechen, wo es sich um eine Anwartschaft an fremdem Vermögen handelt. Allein mit Fug wird das Wort in so weitem Sinne genommen, daß es auch die Fälle in sich schließt, in welchen die Beschränkung des Erblassers auf einer zwischen ihm und den Erben bestehenden Vermögensgemeinschaft beruht. Solcher Sprachgebrauch ist ein Bedürfniß, da nach dem Gange der historischen Entwicklung und nach Lage der Quellen eine feste Grenze zwischen Rechtsgemeinschaft und Anwartschaft nicht leicht zu ziehen ist und das Eigenthum sich nicht selten in eine Anwartschaft, ja die Anwartschaft mitunter in ein Eigenthum des Wartberechtigten umsetzt.

In der Zeit der Rechtsbücher ist das Erbenwartrecht, solange der Erblasser körperlich rüstig ist, auf Grundbesitz und immobiliare Rechte beschränkt. Es erscheint als Beispruchs- oder Widerspruchsrecht.[1] Dagegen findet sich in der Zeit der Volksrechte, daß das Wartrecht der Erben nicht nur den Grundbesitz, sondern auch das bewegliche Vermögen des Erblassers erfaßt.[2]

In der älteren Literatur, die das formelle sächsische Beispruchsrecht zum Ausgangspunkte nahm, wurde von Manchen die gemeingermanische Geltung des Wartrechtes geleugnet. Unter den Neueren hat seine Ursprünglichkeit mehr und mehr Anerkennung gefunden. So hat insbesondere

1) Die Unterscheidung von Beispruchs- und Widerspruchsrecht, wie sie sich aus Fippers Beispruchsrecht in Gierkes Untersuchungen III gemäß der Auffassung des Beispruchs als Consens ergeben würde, ist schon von Frensdorff im Register zu den Dortmunder Statuten S. 322 s. v. bisspreken als irrthümlich zurückgewiesen werden.

2) Die maßgebende Anregung zur Unterscheidung älteren und jüngeren Wartrechtes gab Pappenheim, Launegild und Garethinx in Gierkes Untersuchungen XIV, S. 58 ff.

Schröder, der es früher nur bei den Sachsen hatte gelten lassen wollen, sich in seiner Rechtsgeschichte für den gemeingermanischen Charakter des Wartrechtes erklärt.[3]

Nun ist aber neuerdings Julius Ficker in seinen tief durchdachten Untersuchungen zur ostgermanischen Erbenfolge wieder für die schrankenlose Verfügungsfreiheit des Erblassers eingetreten.[4] Er findet sie insbesondere im fränkischen und im westgothischen Rechte. In dem Stammbaum, den er für die germanischen Rechte konstruirt, erscheint das fränkische Recht als das ursprünglichste in der westgermanischen, das gothische als das ursprünglichste in der ostgermanischen Gruppe. Soweit beide Rechte übereinstimmen, stünden sie dem germanischen Urrechte am nächsten,[5] das sonach eine Beschränkung der Verfügungsfreiheit des Erblassers nicht gekannt haben könne.

Ich kann die Richtigkeit des Stammbaums und die zwingende Kraft der ganzen Argumentation dahingestellt sein lassen, da ich die Vordersätze bestreiten muß, daß westgothisches und fränkisches Recht eine Beschränkung der Dispositionsfreiheit des Erblassers ursprünglich nicht gekannt hätten.

Um über die bloße Verneinung hinauszukommen und festen Boden zu gewinnen, würde es nöthig sein, sämmtliche Stammesrechte zu untersuchen. Diese Untersuchung im Rahmen dieser Festschrift durchzuführen, ist schlechterdings ausgeschlossen. Ich kann daher nicht umhin mich hier auf mehr oder minder aphoristische Bemerkungen zur Geschichte das Wartrechtes zu beschränken.

Die germanischen Rechte scheiden sich hinsichtlich der Verfügungsfreiheit des Erblassers in zwei Gruppen. Die ältere Gruppe bilden die Freitheilsrechte, das heißt die Rechte, nach welchen der Erblasser nur über einen Theil seines Vermögens zum Nachtheil der wartberechtigten Erben verfügen kann, indem ihm regelmäßig nur eine Quote für Vergabungen überhaupt oder doch wenigstens für Seelgaben freigegeben ist. Die jüngere Gruppe steht auf dem Standpunkt des formellen Beispruchsrechtes, das grundsätzlich jede auch die entgeltliche Veräußerung von Liegenschaften an die Mitwirkung der wartberechtigten Erben bindet. Anerkannte Typen sind auf Seite der Freitheilsrechte das langobardische[6]

---

3) Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte, erste Aufl. S. 262, Anm. 78, dritte Aufl. S. 272, Anm. 50.

4) Erbenfolge I 229 f.

5) Erbenfolge I 88 f.

6) Pappenheim a. a. O. S. 61 ff. Vgl. Pertile, Storia del diritto italiano IV² 106.

und das bairische Recht,[7] auf Seite der Beispruchsrechte das sächsische Recht.[8] Gewissermaßen eine Brücke zwischen beiden Gruppen bietet die Lex Ribuaria dar. Unter den Freitheilsrechten heben sich als eine Untergruppe die Kopftheilsrechte hervor, nämlich jene, die den Freitheil mit Rücksicht auf die Zahl der wartberechtigten Erben als Kopftheil bemessen. Nach diesen Rechten kann z. B. der Vater, der nur einen Sohn hat, über die Hälfte, neben zwei Söhnen über ein Drittel, neben neun Söhnen über ein Zehntel seines Vermögens verfügen. Zu den Kopftheilsrechten gehören das langobardische, das bairische, das gothländische Recht, die schwedischen Götarechte, die dänischen Rechte, wahrscheinlich auch das alamannische und das thüringische Recht. Neben den Kopftheilsrechten giebt es Freitheilsrechte, in denen die Größe des Freitheils unabhängig ist von der Zahl der wartberechtigten Erben. Die Quote gestaltet sich in den einzelnen Rechten verschieden. Sie beträgt z. B. stets die Hälfte oder ein Drittel oder ein Fünftel oder ein Zehntel des Vermögens oder gewisser Güter, mag nun der Erblasser etwa nur einen Sohn oder zwei oder vier oder neun Söhne haben. Ich nenne diese Rechte Freitheilsrechte mit fester Quote. Zu ihnen zählt

das westgothische Recht.

In der Lex Visigothorum Recessvindiana ist uns IV, 5, 1 ein Gesetz des Königs Chindasvind de non exheredandis filiis überliefert. Es möge hier nach den Eingangsworten als Lex dum inlicita bezeichnet werden. Der Gesetzgeber klagt, daß nicht selten Eltern oder Großeltern ihr Vermögen fremden Personen zuwenden und ihre Kinder oder Enkel in Dürftigkeit zurücklassen. Er schaffe daher das Gesetz ab, kraft dessen Eltern und Großeltern ihr Vermögen nach Belieben einem Fremden zuwenden dürfen und die Frau über ihre Dos nach Belieben verfügen kann:

> abrogata legis illius sententia qua pater vel mater aut avus sive avia in extraneam personam facultatem suam conferre, si voluissent, potestatem haberent, vel etiam de dote sua facere mulier quod helegisset in arbitrio suo consisteret. . . .

Im Gegensatz zum früheren Rechte beschränkt Chindasvind die Vergabungsfreiheit der Eltern und Großeltern und zwar in der Weise, daß

---

7) S. Adler, Ueber das Erbenwartrecht nach den ältesten bairischen Rechtsquellen 1891 in Gierkes Untersuchungen XXXVII. Derselbe, Eheliches Güterrecht und Abschichtungsrecht nach den ältesten bairischen Rechtsquellen 1893.

8) Fipper, Das Beispruchsrecht nach altsächsischem Recht 1879 in Gierkes Untersuchungen III.

wer Kinder oder Enkel habe, nicht mehr als ein Fünftel seines Vermögens an Kirchen, Freigelassene oder extranei vergaben und (IV, 5, 2) die mit Kindern oder Enkeln gesegnete Frau über ihre Dos nur zu einem Viertheil verfügen könne.

In der Lex Visigothorum Ervigiana beträgt der allgemeine Freitheil der Eltern und Großeltern gleichfalls ein Fünftel des Vermögens. Ebenso hat sich, wie Ficker bemerkt,[9] im späteren spanischen Rechte das Fünftel überall als Freitheil erhalten.

Aus der Lex dum inlicita folgert Ficker, daß im westgothischen Rechte ursprünglich unbeschränkte Vergabungsfreiheit gegolten und daß erst Chindasvind ein Wartrecht eingeführt habe.[10] Andererseits möchte er aber kaum bezweifeln, daß es schon vor Chindasvind westgothischer Sitte entsprach bei Vergabungen nicht über ein Fünftel hinauszugehen.[11]

Diese Schlußfolgerung scheint mir nicht zwingend zu sein. Sicher ist, daß Chindasvinds Satzung einen älteren Rechtssatz abänderte, kraft dessen die Vergabungsfreiheit eine unbeschränkte war. Allein dieses ältere abgeänderte Recht stellt sich nach dem Wortlaut der Lex dum inlicita selbst wieder als das Ergebniß einer Satzung dar, die einerseits die Vergabungsfreiheit der Eltern und Großeltern ausgesprochen, andererseits der Frau die volle Verfügung über die Dos gestattet hatte. Wie Chindasvind in der Lex dum inlicita (IV, 5, 1) die elterliche Vergabungsfreiheit auf ein Fünftel einschränkt, so giebt er in der unmittelbar folgenden Lex (IV, 5, 2) der Frau, die Kinder oder Enkel hat, nur ein Viertel ihrer Dos für Vergabungen frei. Diese Lex beginnt mit der Motivirung: quia mulieres, quibus d u d u m c o n c e s s u m fuerat de suis dotibus iudicare quod voluissent, ihre Dos mit Schädigung ihrer Kinder oder Enkel Männern zuwenden, mit denen sie in unlauterem Verhältniß leben... Demnach war den Frauen vorher die freie Verfügung über die Dos concedirt worden. Diese Concession erfolgte durch jenes Gesetz, von dem es in der Lex dum inlicita heißt: abrogata legis illius sententia. Daraus folgt, daß auch die Vergabungsfreiheit der Eltern und Großeltern durch jenes dudum erlassene Gesetz eingeführt worden war, das die Lex dum inlicita aufhebt. Denn als Inhalt der Lex abrogata wird daselbst die elterliche Vergabungsfreiheit und die Verfügungsfreiheit der Frau über die Dos genannt.

Jenes abgeschaffte Gesetz, das uns leider nicht überliefert ist,

9) Erbenfolge IV 104.
10) Erbenfolge I 274, 268, IV 104 f.
11) Erbenfolge IV 104.

stammte von König Eurich her, wie sich aus folgender Erwägung ergiebt. In den uns erhaltenen Fragmenten der Leges Eurici enthielt c. 319 die Satzung, daß die Wittwe, was ihr der Mann gegeben habe (donaverit), post obitum suum relinquendi cui voluerit habeat potestatem. Lex Visig. Reccessv. V, 2, 5, als Antiqua bezeichnet, fügt hinter den Worten post obitum suum die Bedingung ein: si filios non habuerit. Diese bedeutsame Interpolation entspricht einer Neuerung, die in einer anderen Antiqua, in der Lex si mulier V, 2, 4 enthalten ist. Darin wird eine Verfügungsbeschränkung eingeführt, die Eurichs Gesetzgebung in einem bestimmten Punkte abändert. Ueber Gaben nämlich, welche die Frau extra dotem vom Manne erhalten hatte, soll sie, wenn sie von ihm Kinder hat, nur bis zu einem Fünftel verfügen können. Da diese Satzung sich schlechtweg als Antiqua bezeichnet, kann sie nicht von Chindasvind herrühren, zumal dieser in seiner Lex dum inlicita die Verfügungsfreiheit der Frau zu beschränken nur veranlaßt ist, soweit sie die Dos, aber nicht soweit sie Gaben des Mannes extra dotem betrifft. Die Lex si mulier muß, wie überhaupt die Gesetze der Reccessvindiana, die „als Antiqua ohne den Zusatz emendata bezeichnet sind, in derselben Gestalt schon im Codex revisus Leovigilds gestanden haben."[12] Da sie Eurich 319 derogirt, kann sie nur von Leovigild herrühren, dem auch die Interpolation in Lex Visig. V, 2, 5 angehört. Nach alledem hatte die Größe des Freitheils, wie sie Chindasvind allgemein bestimmte, schon im Codex Leovigilds an der beschränkten Verfügungsfreiheit der Frau über Gaben extra dotem ein Vorbild besessen. Während nach römischem Rechte Schenkungen unter Ehegatten bekanntlich nichtig waren, behandelte das westgothische Recht Gaben des Mannes, die an die Frau erfolgten ohne zur Dos zu gehören, als rechtswirksam.[13] Bei solchen Gaben lag aber die Gefahr einer Beeinträchtigung der Kinder besonders nahe, wenn die Frau ohne jede Beschränkung darüber verfügen konnte. So erklärt es sich, daß die legislative Reaction gegen die von Eurich eingeführte Verfügungsfreiheit zuerst in diesem Punkte einsetzte, indem sie von Leovigild zu Gunsten der Kinder auf ein Fünftel der Gaben extra dotem beschränkt wurde.

Ist die Vergabungsfreiheit von Eurich gesetzlich eingeführt worden, so werden wir füglich annehmen dürfen, daß sie vor Eurich bei den Westgothen nicht Rechtens war. Denn welchen Anlaß sollte Eurich gehabt haben sie den Eltern und Großeltern gesetzlich zuzusprechen, wenn

12) Zeumer, Geschichte der westgothischen Gesetzbung I, im Neuen Archiv der Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtskunde XXIII 488.

13) Vergl. Dahn, Westgoth. Studien S. 124 f.

bei den Westgothen von jeher Jedermann beliebig über sein Vermögen verfügen konnte. Ficker beugt diesem Einwurf dadurch vor, daß er annimmt, die Beschränkung der Vergabungen auf ein Fünftel des Vermögens sei vor Eurich zwar nicht Rechtens aber Sitte gewesen.

Sitte nennt Ficker im Gegensatz zum Recht Normen, deren Einhaltung zwar erwartet aber nicht erzwungen wird. Demnach konnte schon vor Eurich der Vater zum Nachtheil seiner Söhne sein Vermögen einem Fremden zuwenden, ohne daß die Rechtsordnung sich darum kümmerte. Er handelte zwar gegen das Uebliche; allein wenn die benachtheiligten Söhne sich an den Richter wandten, wurden sie abgewiesen. Sollte bei solcher Bewandtniß der Gesetzgeber einen Anlaß gehabt haben, die schrankenlose Verfügungsfreiheit gesetzlich auszusprechen? That er dies, so blieb der Stand der Dinge derselbe wie zuvor. Die abweichende Sitte behielt freien Spielraum. Denn der Einzelne wurde natürlich nicht gezwungen, mehr als ein Fünftel seines Vermögens zu vergaben. Ein Anlaß zu legislativem Einschreiten lag nur vor, wenn ein Rechtssatz bestand, der der Verfügungsfreiheit Schranken setzte.[14]

Weit wahrscheinlicher als der von Ficker vermuthete Gegensatz von Sitte und Recht ist die Voraussetzung, daß vor Eurich der Westgothe kraft Gewohnheitsrechtes nur über eine Quote seines Vermögens verfügen konnte, daß sich trotz der Neuerung Eurichs, welche die volle Vergabungsfreiheit einführte,[15] die Sitte an die durch das frühere Recht gezogene Schranke zu halten pflegte, und daß im Anschluß daran zunächst Leovigild für Gaben extra dotem, dann Chindasvind allgemein die Vergabungsfreiheit auf ein Fünftel beschränkte.

Da nach Ficker die familienrechtliche Gebundenheit des Vermögens auch bei den Burgundern zwar Sitte aber nicht Rechtssatz gewesen sein soll, wird es nöthig zunächst auf das burgundische Recht einzugehen.

14) Immerhin wäre es möglich, daß der Anerkennung des Wartrechtes in den öffentlichen Gerichten eine Vorstufe vorausging. Diese hätte aber dann nicht in der Sitte der Hausväter bestanden, sich bei Vergabungen an einen herkömmlichen Freitheil zu halten, sondern in einem in den Sippeverbänden geltenden Rechtssatz, dessen Verletzung sie wie jede andere Verletzung von Sippepflichten zu ahnden in der Lage waren. Hier ausgebildet mag er dann von den öffentlichen Gerichten aufgenommen worden sein, als es sich bei Contestationen mit Dritten um die Richtigkeit oder Anfechtbarkeit von Vergabungen handelte. Ehe der Gesetzgeber sich um das Wartrecht kümmerte, mußte es bereits aufgehört haben bloß internes Recht der Sippeverbände zu sein und in den öffentlichen Gerichten Wurzel gefaßt haben.

15) Vielleicht mit Rücksicht auf die arianische Kirche. In den Staaten der arianischen Germanen wurde der arianischen Kirche der Concurrenzkampf mit der römischen durch das Wartrecht erschwert.

Die Lex Burgundionum.

Sie enthält über das Wartrecht der Söhne in verschiedenen Constitutionen widersprechende Vorschriften. Streitig ist es, in welcher Reihenfolge sie erlassen wurden.

Das ältere Recht enthalten meines Erachtens die Titel 24 und 51.[16] Nach Lex Burg. 24, 5 kann der Burgunder, der seinen Söhnen ihren Antheil herausgegeben, über das, was ihm bleibt, beliebig verfügen. Die Stelle setzt voraus, daß ihm vor der Abtheilung mit den Söhnen die Verfügungsfreiheit über sein Vermögen fehlte.

Nach Lex Burg. 51 ist es bei den Burgundern von Alters her so gehalten worden, daß der Vater sein Vermögen mit den Söhnen aequo iure theile.[17] Aus Anlaß eines bestimmten Falles, in welchem ein Vater sein Vermögen vergabt hatte, ohne vorher dem Sohne die debita portio herauszugeben, wird bestimmt, daß die rechtswidrige Vergabung kraftlos sein und das gesammte vergabte Gut an den wartberechtigten Erben fallen solle. Die Vergabung wird also nicht etwa theilweise, nämlich für den Freitheil aufrecht erhalten; sie wird auch nicht etwa so behandelt, als wäre sie nicht geschehen, sondern das vergabte Gut fällt an die Söhne.

Eine Satzung, die den ursprünglichen Text von Titel I, 1 ersetzte, traf die Neuerung, daß der Vater schon vor der Abtheilung mit den Söhnen über seinen Antheil — ausgenommen das Landloos — verfügen könne. Quia nihil de praestita patribus donandi licentia ... legibus fuerat constitutum, praesenti constitutione decrevimus, ut patri etiam antequam dividat de communi facultate et de labore suo cuilibet donare liceat, absque terra sortis titulo adquisita, de qua prioris legis ordo servabitur.

Deutsche Rechtsgeschichte I, 337 nahm ich an, daß in Lex Burg. I, 1 der ursprüngliche Text durch eine adcapitulirte Novelle eine etwas unbeholfene Ueberarbeitung erfahren habe, die den Eingang des früheren Textes stehen ließ.

Dagegen führt Ficker[18] aus, daß Titel I, 1 uns in seiner ursprünglichen Fassung überliefert und älter sei als Titel 24, 5 und 51. Die vorherige Abschichtung sei früher nur durch die Sitte, nicht durch

16) Diese Meinung hat schon Gaupp, Die germanischen Ansiedlungen und Landtheilungen 1844, S. 352 vertreten.

17) Quamlibet haec in populo nostro antiquitus fuerint conservata, ut pater cum filiis propriam substantiam aequo iure divideret.... Nur zwei Handschriften B 7. 8 sagen fuerit consuetudo servata. Ficker nimmt I 272 consuetudo in den Text auf und sieht darin die Sitte im Gegensatz zum Recht.

18) Erbenfolge I 272.

das Recht verlangt worden, erst die jüngere Gesetzgebung habe die Sitte zum Rechte erhoben. Gegen meine Auffassung liege das Bedenken vor, daß man in Titel 1 den nach der Umarbeitung nicht mehr passenden Eingang habe stehen lassen. Allein der Eingang ist auf alle Fälle unpassend. Denn er besagt, daß die Leges über die Verfügungsfreiheit der Väter nichts bestimmt hätten, während der Schluß des Satzes hinsichtlich der Landloose auf den prioris legis ordo verweist, unter dem doch sicherlich nicht die Sitte im Gegensatz zur Lex verstanden werden kann. Lex Burg. 1, 1 widerspricht nicht nur den Rechtssätzen in Titel 24, 5 und 51, sondern widerspricht sich selbst. Die überlieferte Fassung kann daher nicht die ursprüngliche sein.

Ficker legt den Titel 1, 1 dahin aus, daß darin das Recht des Vaters zu ganz willkürlicher Vergabung bezüglich des ganzen Vermögens ausdrücklich ausgesprochen werde. Das sei schon vorher im Gegensatz zur Sitte Recht gewesen.[19] Dagegen fällt ins Gewicht, daß das Erbgut des Vaters als communis facultas bezeichnet wird, worunter selbstverständlich nur ein dem Vater und den Söhnen gemeinsames Vermögen verstanden werden kann.[20] Der Begriff der communis facultas ist ein Rechtsbegriff, der ein Antheilsrecht der Söhne voraussetzt und aus der im Gegensatz zum Rechte stehenden Sitte nicht gewonnen werden kann. Ich halte es für schlechterdings unmöglich, daß der burgundische Gesetzgeber das väterliche Vermögen in communis facultas und labor schied zu einer Zeit, da der Vater von Rechtswegen ganz willkürlich über beide verfügen konnte.

Titel 1 rechnet mit einem rechtlichen Antheil der Söhne am väterlichen Gute und läßt ihn für die Zukunft bestehen. Er giebt dem Vater nicht etwa das Recht willkürlich über die communis facultas, sondern nur die Befugniß über seine portio daran zu verfügen. Er darf dies — und das ist die Neuerung — ehe er den Söhnen ihre portio herausgegeben hat, während das ältere Recht eine Vergabung erst nach erfolgter divisio gestattete.

Der Freitheil des Vaters scheint nach burgundischem Rechte nicht einen Kopftheil, sondern die Hälfte zu betragen.[21] Aequo iure ist nach Lex Burg. 51, 1 die propria substantia mit den Söhnen zu theilen.

---

19) Erbenfolge I 273.

20) Vgl. Lex Burg. 75, 2: quod si filius omnia cum patre indivisa possederit; 75, 1: debita facultatis portio. Man beachte auch, daß in Titel 1, 2 vorausgesetzt wird, daß im Fall der Theilung die Söhne portiones suas fuerant consecuti.

21) Dieser Ansicht sind Gaupp, Ansiedlungen S. 352, Ficker, Erbenfolge I 273.

Als Halbtheilung wird in Lex Burg. 53, 2 die divisio aequo iure et ordine zwischen der Wittwe und den Vatermagen ihres Mannes erläutert. Die medietas erscheint in Lex Burg. 75 als Freitheil des Vaters, wo allerdings nur mit einem Sohne exemplificirt wird. Auch die jüngeren burgundischen Rechte weisen auf Halbtheilung hin.[22]

Vor der Abtheilung besteht zwischen Vater und Söhnen eine Rechtsgemeinschaft zu Hälftungsrecht.[23] Das Wartrecht der Söhne ist Consequenz ihres Antheils am gemeinsamen Vermögen. Stirbt ein bereits abgeschichteter Sohn vor dem Vater, ohne Kinder zu hinterlassen, so fällt sein Vermögen nach Lex Burg. 51, 2 an den Vater, aber so, daß es dessen übrigen Söhnen, den Brüdern des Verstorbenen, verfangen bleibt. Der Vater darf nichts davon veräußern. Stirbt er, so gelangt es an die zur Zeit seines Todes vorhandenen Brüder des Vorverstorbenen. Das Vermögen des nach seiner Abschichtung gestorbenen Sohnes wird also nicht etwa communis facultas des Vaters und seiner noch lebenden Söhne,[24] so daß etwa die Hälfte dem Vater, die Hälfte den Söhnen gebührte, sondern der Vater erwarb daran ungetheiltes, aber unveräußerliches Eigenthum. Die Söhne haben an dem, was der Vater von ihrem Bruder ererbt hat, nur eine Anwartschaft, ein Wartrecht im engeren Sinne. Dieses vererbt nicht auf die Kinder der wartberechtigten Söhne. Stirbt einer von ihnen mit Hinterlassung von Söhnen, so haben diese neben ihren Oheimen bei Beerbung des Großvaters kein Erbrecht in jenes verfangene Gut.

Dagegen faßt eine Novelle, Lex Burg. 78, die den Titel 51 abändert, das Recht, das der Vater an dem Vermögen des abgeschichteten Sohnes nach dessen Tod erwirbt, nur als Nießbrauch auf, pater ... filii integram usufructuario iure vindicet portionem.[25] Das Eigenthum fällt sofort an die Brüder des Verstorbenen. Wenn dann einer von ihnen stirbt, ehe jener Usufructus erloschen ist, so erhalten seine Söhne nach dem Tode des Großvaters in Konkurrenz mit ihren Oheimen den Antheil ihres Vaters. Damit entsteht der Schein, aber auch nur der Schein eines Eintrittsrechtes.[26] In Wahrheit fällt nur der Usufructus des Großvaters an jenem Vermögen hinweg, dessen nuda proprietas zum Theil auf die Enkel als Erben ihres parens übergegangen war.

---

22) Ficker, Erbenfolge II 123 f.

23) So auch Ficker, Erbenfolge II 123.

24) Deren Abschichtung gleichfalls vorausgesetzt ist.

25) In Lex Burg. 51, 2 heißt es: pater successionem suis partibus vindicabit.

26) Ein wirkliches Eintrittsrecht ist in der Lex Burg. noch nicht anerkannt. Ficker, Erbenfolge II 120 f.

An Stelle des lebenslänglichen unveräußerlichen Eigenthums, das die ältere Konstitution 51, 2 dem Vater an dem Vermögen des verstorbenen Sohnes gewährt, giebt ihm die Novelle ein Nießbrauchsrecht, während die Anwartschaft der Brüder des Verstorbenen in Eigenthum umgewandelt wird. Man dürfte kaum fehl gehen, wenn man diese Umwandlung auf den Einfluß römisch-rechtlicher Anschauungen zurückführt. Sie bietet im Kreise der germanischen Rechte meines Wissens das älteste quellenmäßige Beispiel jener Entwicklung dar, die ein beschränktes Eigenthum in ein Nutzungsrecht an fremder Sache, ein Anwartschaftsrecht in Eigenthum umsetzt.

Das salfränkische Recht.

Am meisten bestritten ist die Existenz eines Wartrechtes bei den salischen Franken. Auch im westfränkischen Rechte war nach Ficker volle Verfügungsfreiheit der Ausgangspunkt der Entwicklung.[27] Alle Schranken, die sich später in vielen Coutumes finden, seien jüngeren Ursprungs.

Einen unzweideutigen Beweis findet Ficker in der Formel Markulf II, 9.[28] Sie ist eine sogenannte carta obnoxiationis, die ein Vater seinen Kindern ausstellt. Der Vater hatte seiner Frau aus Anlaß der Eheschließung gewisse Grundstücke per libellum dotis geschenkt. Nach ihrem Tode erstritten die Söhne in einem Rechtsstreite mit dem Vater die Herausgabe der Dotalgrundstücke. Daraufhin schließt der Vater mit den Söhnen einen Vertrag ab, kraft dessen er die Dotalgrundstücke in Nutzung behalten (ad usum beneficii tenere) soll, während er gewisse andere Grundstücke, die ihm gehören, gleichfalls nur nach Art eines Precariums nutzen will und auf die Freiheit, darüber zu verfügen, verzichtet. Mit Recht bemerkt Ficker,[29] daß diese Selbstbeschränkung den

---

27) Erbenfolge III 289, 380. Doch fehlt es bei Ficker nicht an Bemerkungen, die mir eine Verständigung wenigstens zum Theile offen halten. Denn IV 372 bemerkt er, mit dem Freitheil der Eltern sei der Satz, daß jeder über sein Gut unter Lebenden verfügen könne, wie er wolle, durchaus vereinbar; es wurde dann eben nur sein Antheil am Gemeingute als sein Eigenthum betrachtet. Andererseits giebt er es IV 204 als möglich zu, daß sich in vielen französischen Rechten die Auffassung festgestellt habe, daß das Gut des Vaters Gemeingut des Vaters und aller seiner Kinder sei.

28) Die noch angeführte Formel Merkel 22 kann, weil zum Theil der des Markulf entlehnt und soweit selbständig ohne maßgebenden Inhalt, hier außer Betracht bleiben.

29) Erbenfolge III 382.

Charakter der Gegenleistung habe und davon nicht hätte die Rede sein können, wenn der Vater ohnehin von seinem Gute nichts hätte veräußern können. Allein der Inhalt der Formel schließt nur ein Wartrecht der Söhne am gesammten Grundbesitz des Vaters aus. Die Güter, deren Verfangenschaft das Entgelt für die Einräumung des Nießbrauchs an der Dos bilden sollen, können sehr wohl zum Freitheil des Vaters gehört haben. Waren die Söhne abgeschichtet, so konnte der Vater über das, was ihm verblieben war, frei verfügen. Daß die Söhne bereits selbständig waren, ergiebt der gegen den Vater erhobene Rechtsstreit, auf Grund dessen sie das Gut der Mutter in sua potestate receperunt.

Das Fehlen des Wartrechtes am Vatergute will Ficker[30] daraus erklären, daß bei den Westfranken in der Dos an und für sich den Kindern ein großer Theil des ursprünglichen Vatergutes gesichert war. Die gesetzliche Dos der Frau habe die Hälfte von dem Vermögen des Ehemanns betragen. Den Kindern sei sie derart verfangen gewesen, daß nicht nur der Vater, sondern auch die Muttter nichts davon veräußern konnte. So ansprechend diese Erklärung ist, so läßt sie sich doch für das ältere Recht nicht aufrecht erhalten,[31] da sich aus den Quellen ergiebt, daß die Dos in den Händen der Mutter nicht nothwendig unveräußerlich war. Gegen die Unveräußerlichkeit sprechen nicht nur die Formeln, in denen der Mann seiner Frau die unbedingte Veräußerungsfreiheit über die Dos einräumt,[32] sondern auch einzelne Urkunden. So heißt es noch 905 in Chartes de Cluny nr. 88: tercia porcione sub integro tibi cedo et secundum lege mea salica manibus tibi trado perpetualiter ad abendum vendendum donandum seu liceat tibi commutandum et sicut lex mea salica commemorat faciendum.[33] Insbesondere fällt ins Gewicht eine bisher vielfach mißverstandene Urkunde von 572.[34]

Die Wittwe des Leogisilus Namens Bethta hatte mit ihren vier Kindern vereinbart, daß sie zwei Drittel von den Gütern ihres Gatten et suam terciam zum Nießbrauch haben und nach ihrem Tode das Ganze an die Kinder gelangen solle. Tercia ist technischer Ausdruck für die vom Manne der Frau am dritten Theile seiner Güter bestellte Dos.[35]

---

30) Erbenfolge III 289, 375 ff.

31) A. O. III 375 bemerkt Ficker: dagegen möchte ich nicht bezweifeln, daß bei den Franken die Verfangenschaft der Dos auf ältestes Recht zurückgeht.

32) H. Brunner, Die fränkisch-romanische Dos, Berliner S.B. 1894, S. 569.

33) Thévenin, Textes relatifs aux institutions privées et publiques aux époques mérovingienne et carolingienne 1887, nr. 176.

34) Thévenin, a. O. nr. 53. Pardessus nr. 179.

35) In meinem Aufsatze, Die fränkisch-romanische Dos, Berliner Sitzungs-

Bethta schloß mit ihren Kindern einen Verfangenschaftsvertrag, eine obnoxiatio ab, ähnlich der, die in Markulf II, 9 der Vater mit den Kindern eingegangen war. Der Vertrag setzt voraus, daß sie über die Dos hätte frei verfügen können. Ihre Gegenleistung für die Gewährung des Nießbrauchs am Erbtheil der Kinder bestand in der Bindung der Tertia. Nach Abschluß jener Vereinbarung starb eines der vier Kinder des Leogisilus und der Bethta Namens Erminfrid. Indem sie sich als seine Erbin betrachtete, verkaufte Bethta, die inzwischen Nonne geworden war, den dem Erminfrid an dem Nachlasse seines Vaters gebührenden Erbschaftsantheil für 200 Solidi an die Kirche des heiligen Vincenz zu Le Mans. Die drei noch lebenden Kinder der Bethta fochten aber jene Veräußerung an, indem sie sich auf die Urkunde beriefen, in der die Mutter den Verfangenschaftsvertrag eingegangen war. Der Streit wurde durch einen Vergleich zwischen der Kirche und den Kindern der Bethta erledigt, kraft dessen der Antheil des Erminfrid im Orte Mansiones den Kindern ungetheilt zufallen,[36] dagegen das, was in Variaco, in Soliaco und in Briscino dem Erminfrid gebührt hätte, zwischen dem Kloster und den Kindern aequali lance getheilt werden solle. Der Streitpunkt war nicht der, daß, wie Ficker annimmt,[37] die Veräußerung mütterlichen Erbgutes auf Grund eines Wartrechtes der Kinder angefochten wurde, sondern es handelte sich um die Konsequenzen der carta obnoxiationis, die in der Urkunde von 572 als eine carta ambagibalis, als eine dunkle, zweideutige bezeichnet wird. Die Kinder hatten nach dem Tode des Vaters dessen Erbe nicht getheilt, sondern es ungetheilt der Mutter zur Nutzung überlassen. Als Erminfrid starb, fiel sein Antheil von Rechtswegen in die geschwisterliche Gemeinschaft; denn was in der Gemeinschaft erstirbt, erbt in die Gemeinschaft.[38] Was die Tertia betrifft, die sich im Sondereigenthum der Mutter befunden hatte, ließ sich geltend machen, daß die Mutter als Erbin des Erminfrid von der obnoxiatio für dessen

---

berichte 1894, S. 573, Anm. 6 ließ ich es noch unentschieden, ob es sich da um ein Errungenschaftsdrittel oder um eine Dos handle. Allein die Beziehung auf die Errungenschaft wird man fallen lassen müssen, da der Antheil der Frau daran in den Quellen, so viel ich sehe, niemals schlechtweg als tercia sua bezeichnet wird, wogegen dieser Ausdruck für die Dos nicht nur durch die jüngeren Quellen, sondern, was ich damals übersehen hatte, schon durch Markulf II, 17 belegt ist. Siehe unten Seite 53. Die Bestellung der Tertia ist nicht erst seit dem 9. Jahrhundert üblich geworden, wie unter anderen auch Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte 3. Aufl. S. 312 annimmt.

36) Quarta parte, quam Ermenfredo in Mansiones debitum erat.

37) Erbenfolge III 391. Derselben Ansicht v. Amira, Erbenfolge nach altniederdeutschen Rechten 1874, S. 55.

38) Ficker, Erbenfolge III 380.

Antheil befreit worden sei. Darauf mag es beruhen, daß die Kirche durch den Vergleich an einem Orte nichts, an drei anderen Orten die Hälfte der dem Erminfrid gebührenden portio erhielt.[39] Wie dem auch sei, jedenfalls setzt die Urkunde von 572 eine Dos voraus, die den Kindern nicht von Hause aus verfangen war, sondern erst durch die carta obnoxiationis der Mutter in das Verhältniß der Verfangenschaft gelangte.

Freie Verfügung über die Tertia liegt auch dem wechselseitigen Testamente bei Markulf II, 17 zu Grunde. Die Frau wendet darin dem Manne, wenn er sie überleben sollte, ihr ganzes Vermögen, nämlich ihr Erbgut, ihren Errungenschaftsantheil und was sie als Tertia empfangen hat,[40] zu unbeschränktem Eigenthum zu. Quicquid exinde facere eligeris aut pro animae remedium in pauperes dispensare aut ad vassos vel bene meretis nostris absque repetitione heredum meorum quod tua decreverit volontas faciendi liberam habeas potestatem et post discessum vestrum quod non fuerit dispensatum ad legitimos nostros revertatur heredes. Die Formel ist nicht für eine unbeerbte, sondern für eine beerbte Ehe berechnet. Es wird nicht wie in der verwandten Formel Markulf II, 7 die Kinderlosigkeit der Ehe als Motiv der Verfügung angegeben. Vielmehr ernennt der Ehemann in seiner Verfügung neben seiner Gattin ausdrücklich seine Söhne zu Erben, dulcissima coniux mea vosque dulcissimi filii mei heredes meos esse volo. Daß es sich da um Söhne aus einer anderen Verbindung handle, bietet die Formel umsoweniger einen Anlaß vorauszusetzen, als in dem einzigen Formular eines libellus dotis, das Markulf enthält (II. 15), der Frau schlechtweg unbedingte Verfügungsfreiheit über die Dos gewährt wird.

Enthalten salische Urkunden und Formeln unabweisbare Beläge, daß die Frau über die Dos unbedingt verfügen konnte und trotz des Vorhandenseins von Kindern verfügte, so läßt sich wenigstens für das

---

39) Das könnte etwa thatsächlich dem Antheil des Verstorbenen an der Tertia entsprochen haben.

40) omni corpore facultatis meae quantumcumque ex successione parentum habere videor vel in tuo servitio pariter laboravimus et quod in tercia mea accepi. Was sie in tercia empfangen, kann nicht die Errungenschaft sein, die daneben ausdrücklich genannt ist, zumal die Frau davon nicht sagen könnte, daß sie sie empfangen habe. Denn die Aussonderung des Errungenschaftsdrittels erfolgt erst nach Auflösung der Ehe. Auch an das in der Formel vom Manne für die vergabte Errungenschaft bestimmte Ersatzgut (Zeumer, Formulae p 87, al. 1, 2) kann nicht gedacht werden, denn dies erhält die Frau nur für den Fall, daß sie den Mann überlebt. Mit der tercia mea muß also die Dos gemeint sein, die unter den aufgezählten Bestandtheilen des Frauengutes nicht fehlen konnte.

ältere Recht nicht sagen, daß die Verfangenschaft der Dos den Kindern das fehlende Wartrecht ersetzte.[41]

Demnach ist es auch unzulässig, die Dos als Gesammteigenthum der Mutter und der Kinder, als Gabe des Mannes an die Frau und die zu erwartenden Kinder aufzufassen.[42] Lex Salica 72,[43] eine Satzung, die wie ich anderwärts bemerkt habe, auf römisch-rechtliche Einflüsse zurückgeht, spricht von einer Verfangenschaft der Dos nur im Fall der Wiederverheirathung der Wittwe. Ficker will die Auffassung, daß die Dos schon bei der Verheirathung den zu erwartenden Kindern geschenkt sei, aus dem Satze gewinnen: sic tamen ut dotem, quem anterior maritus dedit, filiis suis post obitum matris sine ullum consorcium sibi vendicent ac defendant, indem er das dedit zu filiis suis zieht. Allein der Begriff einer Schenkung, die zur Zeit der Eheschließung an die Kinder erfolgt, die möglicherweise in der Ehe geboren werden, ist eine Abstraktion, zu der wir uns noch heute nicht aufschwingen können. Auch dem Kapitular zur Lex Salica ist sie fremd. Denn im folgenden Kapitel heißt es ausdrücklich, daß der Mann die Dos seiner Frau gegeben habe, dotem quem primarie uxorem dedit, und unmittelbar vorher ist von den solidi die Rede, die die Frau als Dos empfangen hat. Die Worte filiis suis sind im Einklang mit den Ausgaben, die hinter dedit interpungiren, als gleichbedeutend mit filii sui zu fassen.[44]

In den französischen Coutumes beträgt das gesetzliche Witthum der Frau entweder die Hälfte oder ein Drittel vom Gute und zwar in der Regel vom liegenden Gute des Mannes. Die Annahme, daß nur das Drittel auf älteres fränkisches Recht zurückgehe, lehnt Ficker ab.[45] Die Hälftung reiche nicht nur bis auf die Anfänge des Lehnwesens zurück, sondern dieses habe bereits eine landrechtliche Grundlage vorgefunden.

41) Man wird daher auch nicht so leicht, wie dies Ficker thut (III 376), über die Fassung zahlreicher, namentlich salfränkischer Formeln hinwegsehen dürfen, worin der Frau schlechtweg volle Verfügungsfreiheit über die Dos zugesprochen wird. Gerade wenn es von Alters her feststand, daß, falls die Ehe beerbt sein würde, die Dos den Kindern zu hinterlassen sei, mochte man, so meint Ficker, umsoweniger Anstand nehmen, die Ausdrücke anzuwenden, wie sie sonst bei Eigenthumsübertragungen üblich waren. Die oben angeführten Beispiele dürften ergeben, daß jene Ausdrücke nicht als Redensarten zu behandeln sind.

42) So Ficker, Erbenfolge III 378, 380.

43) Cap. II zur Lex Salica, c. 3 nach der Ausgabe Geffckens.

44) Die Verwechslung von Nominativ und Dativ kommt auch sonst nicht selten vor. Vgl. z. B. Capitularia II 62, 35: ut . . ad ipsos Langabordos perteneant ipse (ipsae, i. e. libere femine que sibi servi copulant) et filiis suis et filiabus eorum.

45) Erbenfolge III 246 f.

Ich glaube, daß man an dem höheren Alter des Drittels wird festhalten müssen. Das Cartularium langobardicum verlangt, daß bei der Dotirung durch einen Salier die tercia portio an Stelle der langobardischen quarta genannt werde.[46] In Urkunden aus Burgund, die dem Anfang des zehnten Jahrhunderts angehören, wird die Bestellung der Tertia geradezu als salisches Recht bezeichnet.[47] Die urkundlichen Beispiele gehen nicht nur bis in das neunte Jahrhundert hinauf.[48] Die Tertia ist älter als man bisher annahm. Denn sie ist für das siebente Jahrhundert durch Markulf, für das sechste durch die Urkunde Pardessus nr. 179 bezeugt. Daß das auf die Hälfte des Lehns bemessene Douaire bis auf die Anfänge des Lehnwesens zurückreiche, läßt sich füglich nicht mit dem Kapitular von 821, c. 9, I 301, nr. 148 in Einklang bringen, nach welchem die Wittwe den dritten Theil der aus dem Beneficium erworbenen und noch vorhandenen Errungenschaft erhalten soll. Mag man die Stelle im übrigen auslegen wie immer,[49] so wäre es doch höchst auffallend, wenn die Wittwe nach dem Tode des Mannes die Früchte des halben Beneficiums hätte beziehen können, während sie von den bis zum Tode des Mannes gewonnenen und noch vorhandenen Früchten nur ein Drittel beanspruchen konnte.[50]

Selbstverständlich war es auch im älteren Rechte nicht ausgeschlossen, daß der Mann seiner Frau die Hälfte seines Vermögens verschrieb. Allein nicht auf das Mögliche, sondern auf das Uebliche kommt es hier an.

Das zweite Kapitular zur Lex Salica[51] rechnet mit einer gesetzlichen oder doch mit einer gebräuchlichen Dos von 62½ oder von 25 (30) Solidi. Die 62½ Solidi gehen, wie ich anderwärts ausführte, wahrscheinlich auf ein Drittel des Wergeldes zurück.[52] Das Wergeld entspricht bekanntlich dem Werthe der Hufe und damit dem Durchschnittsvermögen des freien Mannes. Sonach könnte man die Dos von 62½ Solidi ihrem Ursprunge nach gewissermaßen als eine durch Gewohnheitsrecht oder Uebung fixirte Tertia betrachten.

---

46) Cart. Langob. LL. IV 595, nr. 1. Bei der Verlobung einer salischen Wittwe Cartul. nr. 16 hat der Mann zu geloben, daß er der Frau die tercia portio verschreiben werde.

47) Chartes de Cluny nr. 358, Thévenin nr. 179 v. J. 928: in dotalicio tercia porcione tibi dono sicut lex salica commemorat.

48) Chartes de Cluny nr. 7 (833?), Thévenin nr. 175.

49) Ueber die Kontroverse siehe Sandhaas, Eheliches Güterrecht 1866, S. 121 f.

50) Das Kapitular setzt meines Erachtens einen Rechtszustand voraus, der jede Zucht am Lehen ausschließt.

51) Nach der Ausgabe Geffckens. Hessels 72.

52) Forschungen zur Geschichte des deutschen und des französischen Rechtes S. 482.

Nach alledem dürfte das Witthumsdrittel älter sein als die Witthumshälfte. Im älteren salischen Rechte gebührte der Frau in der Regel nicht die Hälfte, sondern ein Drittel vom beweglichen und unbeweglichen Vermögens des Mannes. Selbstverständlich konnten statt der Quoten bestimmte Güter der Frau als Dos gewidmet werden, deren Werth vermuthlich nicht selten dem dritten Theile des ehemännlichen Vermögens ungefähr entsprach. Ueber die Dos wurde der Frau häufig volle Verfügungsfreiheit eingeräumt, wodurch nicht ausgeschlossen war, daß das Witthum, soweit die Frau nicht darüber verfügt hatte, nach ihrem Tode an die Kinder oder sonstigen Erben des Mannes fallen sollte. Finden wir im coutumiären Rechte vielfach ein Douaire, das in der Leibzucht an der Hälfte der propres besteht, so kommt für diese Umwandlung in Betracht, daß in jüngeren Quellen gelegentlich der Usufructus an der Hälfte dem Eigenthum am Drittel gleichgestellt wird.[53]

Ist es unrichtig, daß den Kindern durch die Dos der Mutter das Drittel geschweige denn die Hälfte des väterlichen Vermögens gesichert war, so müßte es allerdings auffallen, wenn den Kindern jedes Wartrecht gefehlt haben sollte.

Sicher ist, daß nach älterem salischen Rechte Vergabungen aus ungetheilter Vermögensgemeinschaft unzulässig waren. In dem testamentum Abbonis von 739[54] berichtet der Testator, sein Vormund habe der Kirche von Le Gapençois die Hälfte seines Besitzthums schenken wollen, das ihm und seinem Mündel gehörte. Weil aber das beiden gemeinsame Vermögen noch nicht abgetheilt war, so sei er zur Schenkung nicht befugt gewesen. Sie sei deshalb unterblieben: dum per lege nulla exinde potuit delegare et facultates nostras indivisas remanserunt.

Nur eine Konsequenz der Unzulässigkeit von Verfügungen über den Antheil an der Ganerbschaft ist ein Rechtssatz, den das Kapitular zur Lex Salica von 820, c. 3, I 292, nr. 142 ausspricht. Die Lex Salica selbst[55] bestimmt, daß eine Frau, die sich mit dem Knechte eines Anderen

53) Coutume de Bretagne von 1580 ch. 199: nul ne peut donner plus que la tierce partie de ses immeubles par heritage ou la moitié d'iceux par usufruit. — Die Nachricht Beaumanoirs § 445 éd. Salmon 1899. I 212 (XIII, 12), daß Philipp August 1214 das gesetzliche Douaire auf die Hälfte des Gutes festsetzte, das der Mann am Tage der Hochzeit besaß, wird man nicht mit Ficker, Erbenfolge III 246 deshalb schlechtweg verwerfen dürfen, weil Beaumanoir auf Grund falscher Schlußfolgerungen annimmt, es habe vorher nur ein vertragsmäßiges Douaire gegeben. Zum mindesten wird man der auch von De Fontaines 21, § 45 erwähnten Ordonnanz nicht jeden Einfluß auf den Uebergang von dem Drittel zur Hälfte absprechen dürfen.

54) Pardessus Nr. 559, II 376.

55) Lex Sal. emend. 14, 11.

ehelich verbindet, ihre Freiheit einbüße. Das Kapitular fügt hinzu: omnes res quas habet, si eas cum parentibus suis divisas tenet, ad dominum cuius servum in coniugium accepit, perveniant. Die Verknechtung schließt den Uebergang ihres Vermögens an den Leibherrn in sich. War aber das väterliche oder mütterliche Vermögen noch nicht getheilt, so hat sie durch die Verknechtung jeden Anspruch darauf verloren. Et si cum parentibus suis res paternas vel maternas non divisit, nec alicui quaerenti respondere nec cum suis heredibus in rerum paternarum hereditate ultra divisor accedere potest. Ebenso sei es zu halten, wenn ein freier Franke eine fremde Magd zur Ehe nimmt. Der Rechtssatz wurde nicht erst durch das Kapitular eingeführt sondern ist durch das diesem zu Grunde liegende Weisthum als geltendes Recht festgestellt worden. Schon ein Kapitular Karls des Großen von 805 setzt ihn voraus, indem es für den König als hergebrachtes Vorrecht in Anspruch nimmt, daß freie Leute, die sich mit Fiskalinen verheirathen, deshalb non de hereditate abiciantur.[56]) Hätte der Freie, der sich mit einer unfreien Person verbindet, über seinen Antheil an der Gemeinschaft vor der divisio verfügen können, so wäre mit der Verknechtung sein Theilungsanspruch auf den Leibherrn übergegangen. Allein das Gegentheil ist Rechtens. Erfolgt die divisio nach der Verknechtung, so hat der Unfreie als solcher keinen Anspruch auf Erbtheilung. Die Voraussetzung: si cum parentibus non divisit, erschöpft sich nicht durch den Fall, daß der Erblasser schon vor der Verknechtung starb und die Erben in ungetheilter Erbschaft sitzen blieben, sondern sie schließt auch den Fall in sich, daß sein Tod erst nach dem Zeitpunkt der Verknechtung eintrat. Da als Erblasser mit Rücksicht auf den hervorgehobenen Verlust der res paternae zunächst der Vater gedacht sein muß, so fällt nach der Auffassung des Kapitulars die Abschichtung eines Kindes durch den Vater unter den Begriff der divisio.

Als die Kapitularien Ludwigs I. von 816[57] und 818/9[58] die Exekution in das Vermögen eines Bußschuldners regelten, hatten sie mit Schwierigkeiten zu rechnen, die sich aus der ungetheilten Erbengemeinschaft ergeben konnten. War über das Vermögen des Missethäters die missio in bannum verhängt worden und zog er es nicht binnen Jahr und Tag aus dem Banne, so sollte das gefrohnte Gut der Konfiskation verfallen. Wie aber, wenn der Bußschuldner noch nicht mit seinen Ganerben abgetheilt hatte? Dann soll, so bestimmen jene Kapitularien, der Graf die Ganerben

56) Cap. I 125, nr. 44, c. 22.
57) Capitula legi addita 816. I 267, nr. 134, c. 5.
58) Capitula legibus addenda 818/9. I 283, nr. 139, c. 11.

zusammenrufen, mit ihnen die rechtmäßige divisio vornehmen und den Antheil des Schuldners dem Fiskus zusprechen, der seinerseits daraus den Gläubiger befriedigt. Die Antheilsquote des Schuldners wird also nicht etwa vom Fiskus durch Eintritt in die Gemeinschaft erworben, sondern die Konfiskation des Realtheils durch Vermittelung des gegen die Ganerben geübten Theilungszwanges durchgeführt.

Den amtlichen Theilungszwang verwendet das Kapitular von 818/9 auch als Auskunftsmittel für die Neuerung, durch die es die Möglichkeit von Vergabungen aus ungetheilter Gemeinschaft schuf. Das zu Aachen zu Stande gekommene Kapitular wurde zwar nicht speciell zur Lex Salica erlassen, erwuchs aber auf gemeinfränkischer Grundlage und war jedenfalls auch auf das salische Rechtsgebiet berechnet, wie es denn verschiedene Handschriften als ein salisches Kapitular überliefern. Es bestimmt in c. 6, daß Vergabungen, die außerhalb des Grafschaftsbezirkes der belegenen Sache erfolgen, wenn die Investitur verbürgt wird, für die Erben des Tradenten bindend sein sollen.[59]

Lebt der Tradent noch in ungetheilter Erbengemeinschaft, so soll er trotzdem über seinen Antheil verfügen können. Stirbt er, ehe er die divisio bewerkstelligt und die Uebergabe des Realtheils vollzogen hatte, so soll der Missus oder der Graf die Ganerben zwingen mit dem Bedachten abzutheilen.

Besondere Grundsätze stellt unser Kapitular auf für den Fall, daß die Abtheilung gegen die Ganerben des Tradenten rechtlich nicht durchführbar war, nämlich für Vergabungen, die an Kirchen aus ungetheilter Hausgemeinschaft durch einen unabgetheilten Sohn oder durch einen Vater oder Großvater erfolgen, der seine Söhne beziehungsweise Enkel noch nicht abgetheilt hat. Auf Grund solcher Vergabungen soll die bedachte Kirche zeitweilig in das Gemeinschaftsverhältniß eintreten, in welchem der Tradent sich befinden würde, wenn er noch lebte.[60] Et si cuilibet ecclesiae eam (hereditatem) tradere rogavit, coheres eius eam legem cum illa ecclesia de praedicta hereditate habeat, quam cum alio coherede suo habere debebat. Et hoc observetur erga patrem et filium et nepotem usque ad annos legitimos. Ist ein

---

59) Siehe meine Rechtsgeschichte der römischen und german. Urkunde S. 278 ff.

60) Darauf hat bereits S. Adler, Eheliches Güterrecht und Abschichtungsrecht nach den ältesten bairischen Rechtsquellen 1893, S. 9 ff. hingewiesen. Im Gegensatz zu Adler sehe ich in diesen Vorschriften ein Privileg der Kirchen und zwar ein Privileg, das nicht bloß für Vergabungen außerhalb der Grafschaft galt. Auch glaube ich nicht, daß das Vorrecht einen erhöhten Schutz der Hausgemeinschaft bezweckte.

unabgetheilter Sohn Tradent, so erfolgt die Abtheilung mit der Kirche natürlich erst mit dem Tode des Vaters.[61] Haben Vater oder Großvater die Kirche bedacht, so theilt diese mit den Kindern oder Enkeln ab, sobald sie mündig geworden sind. Bis dahin bleibt die Kirche im ganerbschaftlichen Verhältniß.

Das Auskunftsmittel, die Kirche in die Gemeinschaft aufzunehmen, wurde nur gewählt, weil eine divisio nicht durchführbar war. Ein unabgeschichteter Sohn konnte den Vater nicht zur Abtheilung zwingen,[62] daher auch nicht der Missus oder Graf zu Gunsten der Kirche, die eben nur in das Recht des Sohnes succedirt war. Daß der Vater den unmündigen Sohn nicht abschichten konnte, ist für das altsalische Recht zum mindesten wahrscheinlich.[63] Nach der Mehrzahl der älteren französischen Coutumes setzte die Entlassung aus der Hausgemeinschaft voraus, daß der Sohn zu seinen Jahren gekommen sei.[64] Abgesehen davon hätte die Kirche mit dem Unmündigen keine wirksame divisio vornehmen können, weil er nach erreichter Mündigkeit das Rechtsgeschäft, das er als Unmündiger geschlossen, widerrufen oder anfechten konnte.[65]

Vater und Söhne, Großvater und Enkel gelten dem Kapitular vor der Abschichtung als coheredes, Ganerben.[66] Der Ausdruck findet sich auch in jüngeren Quellen um die in Vermögensgemeinschaft befindlichen Eltern und Kinder zusammenzufassen.[67]

Aus den Vorschriften des Kapitulars über den Eintritt der bedachten Kirche in ein ganerbschaftliches Verhältniß schließt man mit gutem Grunde, daß der Sohn schon bei Lebzeiten des Vaters ein Anrecht auf eine Quote des väterlichen Gutes hatte, ein Anrecht, dem der Gedanke einer zwischen ihnen bestehenden Rechtsgemeinschaft zu Grunde liegt.[68]

---

61) Die Worte usque ad annos legitimos können selbstverständlich nicht auf das Verhältniß zum Vater bezogen werden.

62) Schröder, D. R.G. 3. Aufl. S. 320. Ueber das französische Recht siehe von Salis, Beitrag zur Geschichte der väterlichen Gewalt nach altfranzösischem Recht in der Z. der Savigny-Stiftung, germ. Abth. VII, 172 ff., 177, 190.

63) Argum. Lex Sal. 73 (Hessels) = Cap. II zur Lex Salica c. 4 (Ausgabe Geffckens).

64) Beaumanoir c. 21, 20. v. Salis a. O. S. 183.

65) Vgl. Schröder, D. R.G. 3. Aufl. S. 264.

66) Die fränkische Uebersetzung von c. 6 des Capit. leg. add. 818/9 giebt coheres mit geanervo wieder.

67) So z. B. in der Urkunde Lörsch und Schröder nr. 100 aus dem 11. Jahrhundert, wo anläßlich eines Grundstückskaufes Franken als Zeugen zugezogen werden, quod predictum predium in terra Francorum situm est et prenominata matrona cum suis coheredibus Francorum lege regenda et cohercenda est.

68) Adler a. O. S. 11. Vgl. Schröder, D. R.G. 3. Aufl. S. 272, Anm. 50.

Wenn die Ueberschrift des Kapitels lautet: ut omnis homo liber potestatem habeat, ubicumque voluerit, res suas dare pro salute animae suae, so wird man daraus nicht auf das Fehlen des Wartrechtes schließen können.[69] Denn wie der Inhalt des Kapitels ersehen läßt, ist damit nur gemeint, daß man nur nach erfolgter divisio, ohne solche nur über seine portio, verfügen könne.

Ueber die Größe des väterlichen Freitheils geben die älteren Quellen keinen Aufschluß. So weit wir aus den Tochterrechten des salischen Rechtes zurückschließen dürfen, scheint die Quote eine örtlich verschiedene gewesen zu sein. Dabei fällt ins Gewicht, daß in zahlreichen Coutumes der Freitheil entweder für Vergabungen überhaupt[70] oder doch für letztwillige Verfügungen ein Drittel des liegenden Erbgutes beträgt und daß eine wichtige Gruppe von Rechten auch hinsichtlich der Fahrniß den Freitheil auf ein Drittel beschränkt.[71] Wenn wir daneben das Alter und die Verbreitung der salfränkischen Tertia berücksichtigen, so werden wir es für wahrscheinlich halten müssen, daß bei den Salfranken in älterer Zeit ein ausgedehntes örtliches Gewohnheitsrecht bestand, nach welchem die Kinder ein Wartrecht an dem dritten Theile des Vatergutes besaßen.

Möglich wäre der Einwand, daß das Recht des Sohnes nicht das väterliche Vermögen als solches betreffe, sondern daß sich eine Gemeinschaft zwischen Vater und Sohn nach dem Tode der Mutter — etwa mit Rücksicht auf die Tertia — habe ergeben können. Abgesehen davon, daß der Wortlaut des Kapitulars keinen Anlaß bietet, es auf solche Fälle einzuschränken, würde doch wohl der mündige Sohn den Anspruch auf Theilung und auf Herausgabe der Tertia gehabt haben. Damit fehlte der Anlaß bei Vergabungen des Sohnes, die bedachte Kirche in die Gemeinschaft mit dem Vater eintreten zu lassen.

69) Anderer Ansicht Ficker, Erbenfolge III 383.

70) Très ancien Coutumier de Normandie c. 89: quilibet potest donare usque ad terciam partem liberi tenementi sui in elemosinam vel pro servicio. Compilatio de usibus Andegaviae § 43: il est usage que gentilhome puit aumoner de sa terre la tierce partie sanz contenz. Très ancienne Coutume de Bretagne ch. 41: toute personne . . pout donner le tierz de son heritage à autre personne que à ses hoirs. Im Uebrigen vergleiche Warnkönig, Franz. Staats- und Rechtsgeschichte II 489, 490 u 490, Anm. 1.

71) Ich denke dabei an die Rechte, die Ficker als normannisch-friesische zusammenfaßt. Sie schließen ein gut Theil fränkischer Rechte in sich, wie denn Ficker wiederholt erklärt, daß er zu den friesischen Rechten auch Rechte zähle, die dem friesischen zunächst verwandt seien. Siehe etwa Ficker IV 382, 394. Damit wird jener Begriff unbrauchbar, zumal wenn, wie IV 394, zugegeben wird, daß bei den Nichtfriesen, die jener Gruppe angehören, die Drittelsgemeinschaft üblicher gewesen sein mag als bei den Friesen im engeren Sinne.

Paul Oertmann.

Der Schadensersatzanspruch des obligatorisch Berechtigten.

I.

Unter den mannigfachen Streitfragen, die sich seit Schaffung des neuen Bürgerlichen Gesetzbuches bereits erhoben haben, ist eine der hartnäckigsten und bisher am wenigsten geklärten die nach den Voraussetzungen, unter denen der bloß persönlich, insbesondere obligatorisch Berechtigte gegen den dritten Schädiger Ansprüche aus unerlaubter Handlung geltend machen könne.

Ich sage: Gegen den dritten Schädiger. Denn daß sich der Schuldner, der seine Verpflichtung nicht erfüllt oder vielleicht gar ihre Erfüllung schuldhaft unmöglich macht, nicht den Ansprüchen aus unerlaubter Handlung aussetzt, sondern vom Gläubiger lediglich nach Maßgabe der sonstigen Bestimmungen des Schuldrechtes in Anspruch genommen werden kann, wird allgemein zugegeben (s. meinen Kommentar, Vorbem. vor § 823, Nr. 1 c α). Der wiederholte Widerspruch v. Liszts (die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht, 1889, S. 28; die Deliktsobligationen im System des B.G.B., 1898, S. 10) betrifft nur die lex ferenda; für die lex lata erklärt er sich ausdrücklich mit dem eben Gesagten einverstanden. Nur dann ist umgekehrt zu entscheiden, wenn im Verhalten des Schuldners an sich, unabhängig vom Bestehen des Forderungsrechtes, der Thatbestand einer unerlaubten Handlung liegt, z. B. der Entleiher unterschlägt oder zerstört vorsätzlich die ihm anvertraute Sache. Aber dann ist es nicht das Forderungsrecht, sondern das fremde Eigenthum, dessen Verletzung den Grund für seine Haftung abgiebt.

Anders aber soll es sich nach der Ansicht Mancher verhalten, wenn ein Dritter durch eine Einwirkung, sei es auf die Person des Gläubigers oder Schuldners, sei es auf das geschuldete Objekt oder auf sonstige Art, das fremde Forderungsrecht vorsätzlich oder fahrlässig beschädigt oder vernichtet. So lehren angesehene Schriftsteller, wie Cosack, Kuhlenbeck, v. Liszt, Meisner, und im Grunde auch Stammler.[1]

---

1) Cosack, Lehrbuch S. 591, Nr. II, 1; Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B.G.B., Bd. II, S. 357; ders. Kommentar zu § 823 Nr. 8; v. Liszt a. a. O.

Die Begründung dieser Lehre ist sehr knapp; meist läßt man schlechthin den Wortlaut des Gesetzes maßgebend sein, das durch die Worte des § 823: „oder ein sonstiges Recht" auch die Verletzung fremder Forderungen treffe. So Cosack und Kuhlenbeck. Andere, wie Meisner, operiren mit der Entstehungsgeschichte, die aber auch, und zwar mit mehr Recht, für das umgekehrte Ergebniß herangezogen worden ist. v. Liszt und, wenn ich ihn recht verstehe, aber viel gemäßigter, Stammler führen aus, daß das Forderungsrecht, relativ im Verhältniß vom Gläubiger und Schuldner, nach außen absoluten Schutz genieße; seine Einbeziehung in den Kreis der nach § 823 [1] geschützten Rechte unterliegt daher nach v. Liszt keinem Zweifel.

Zur herrschenden ist diese Ansicht indes bisher nicht geworden; ihr steht vielmehr eine noch größere Zahl von Schriftstellern gegenüber. Zu diesen rechne ich freilich nicht die von anderer Seite dafür angeführten Planck und Hachenburg;[2] sie sprechen zwar allein vom Schutz absoluter Rechte, aber das nur gelegentlich und ohne zu sagen, was sie unter absoluten Rechten verstehen.

Dagegen leugnen, meist mit großer Entschiedenheit, die Anwendbarkeit des § 823 [1] auf unseren Fall Achilles, Endemann, Goldmann-Lilienthal, Jung, Linckelmann, Neumann, Schollmeyer,[3] und auch ich habe mich ihnen in meinem Kommentar angeschlossen (zu § 823, Nr. 3c β). Die Gründe sind verschieden; man beruft sich auf die lediglich relative Wirkung des Forderungsrechtes; auf die angebliche Unnöthigkeit des Schutzes; auf die andernfalls drohende Disharmonie zwischen den Bestimmungen des Gesetzes über Gefahrbringung und denjenigen über Schadensersatzrecht (Linckelmann); endlich auch auf die Motive und die sonstige Entstehungsgeschichte. Am wenigsten scharf und entschieden spricht sich Endemann aus; er macht den Gegnern sogar gewisse Zugeständnisse, indem er zwar (No. 8) die Einbeziehung der Forderungsrechte unter § 823 [1] verwirft, aber in No. 7 dennoch ausführt:

„Anders steht es dagegen, wenn der Dritte unmittelbar in das Forderungsrecht selbst eingreift durch Zerstörung des Inhaberpapiers, der An-

S. 21; Meisner, Kommentar zu § 823 Nr. 3; Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgem. Lehren S. 10—11.

2) Planck, Kommentar Bd. II S. 4; Hachenburg, Vorträge S. 153.

3) Achilles zu § 823 No. 2; Endemann, Einführung Aufl. 3—4, S. 908; Goldmann-Lilienthal, Das B.G.B., S. 198 No. 1; Jung, Delikt und Schadensverursachung, 1897, S. 30; Linckelmann, Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen, 1898, S. 21; Neumann, Handausgabe des B.G.B. zu § 823, B V 2; Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, S. 110.

erkenntnißurkunde, der Quittung. Hier darf dem Geschädigten der Schadensersatzanspruch aus § 823 nicht versagt werden. Und ebenso wird z. B. dem Käufer der Schadensersatzanspruch gegen den Dritten zuzugestehen sein, sobald die Gefahr der unerlaubt geschädigten Sache auf ihn übergegangen ist."

Zweifelhaft verhält sich die Ausgabe des B.G.B. von Fischer und Henle; während sich die erste Auflage für den Schutz obligatorischer Rechte aussprach, erklärte sich die zweite (No. 7) dagegen, und welchen Standpunkt die dritte einnehme, ist schwer zu sagen (s. No. 8 und 9).

So der derzeitige Stand der Streitfrage, zu deren nochmaliger Prüfung ich mich nunmehr anschicke. Ich darf wohl vorweg bemerken, daß mich dieselbe in meiner bisherigen Anschauung nicht irre gemacht, vielmehr darin bestärkt hat.

II.

Es scheint mir nothwendig, an dieser Stelle den Standpunkt der bisherigen Rechte zu unserer Frage zu erörtern. Mag auch das B.G.B. im Schadensersatzrecht „eine selbständige Ordnung" (Endemann) gegeben haben, so bleibt doch immer die Feststellung des bisherigen Rechtszustandes nicht nur an sich interessant, sondern auch für die Bedeutung der neuen Sätze, namentlich in der Richtung, was die Gesetzgeber damit beabsichtigt haben, von erheblichem Werth.

1. Das römisch-gemeine Recht.

a) Bekanntlich war den Römern eine allgemeine außerkontraktliche Ersatzklage fremd; „die aquilische Klage, auch die analoge, beschränkt sich ausschließlich auf Zerstörung oder Entwerthung der Körper. Vermögensbeschädigungen anderer Art verpflichteten den Schädiger daher außerkontraktlich nur in Fällen des dolus", Dernburg, Pandekten II § 135.

Immerhin umfaßt die actio legis Aquiliae in ihren späteren Erweiterungen den bei weitem wichtigsten Theil der deliktischen Schadenszufügungen, und es würde ihr insbesondere der Thatbestand einer Beeinträchtigung oder Vernichtung obligatorischer Rechte durch Dritte in den meisten Fällen unterstehen müssen, wofern die Römer daraus überhaupt eine Deliktsklage gegeben haben sollten.

Wer eine fremde Sache schuldhaft beschädigt, ist dem Eigenthümer, dem dinglich Berechtigten und dem auch hier einem solchen gleichgeachteten Publicianischen Besitzer ersatzpflichtig. Ob aber auch dem, der auf die Sache einen lediglich persönlichen Anspruch hatte, ist von jeher Gegenstand des Streites. Von älteren Juristen finden wir die Frage bisweilen

bejaht, so von Glück, Thibaut und Schömann,[4] denen sich von Neueren Holzschuher[5] anschließt. Indes vertreten die Genannten ihren Standpunkt nicht alle mit gleicher Entschiedenheit; vorzüglich Glück beschränkt den Anspruch der obligatorisch Berechtigten auf den Pächter und diejenigen, die sonst auf den Erwerb des Eigenthums zur Zeit der Beschädigung schon einen begründeten Anspruch hatten. Anders sei es beim Käufer, weil dieser sich auch auf andere Weise helfen könne, nöthigenfalls indem er sich die Klage des Verkäufers cediren lasse. Andere lediglich persönlich Berechtigte sollen die Klage wenigstens dann haben, wenn sie dem Eigenthümer für den vorgefallenen Schaden verantwortlich sind, so der Miether und Kommodatar nach l. 41 D. 19, 2.

So gehört Glück im Grunde zu den Anhängern der Mittelmeinung, die in neuester Zeit wieder an dem verehrten Mann, dem diese Zeilen gewidmet sind, einen beredten Vertreter gefunden hat. Wenn nach den Quellen der Käufer nicht, wohl aber der Pächter aquilisch klagen könne, meint Dernburg,[6] so liege der Grund „ohne Zweifel“ darin, daß der Käufer den Anspruch gegen seinen Verkäufer auf Cession der Klage gegen den dritten Schädiger habe, während dem Pächter ein solcher Anspruch fehle. „Dies führt auf den allgemeinen Satz, daß auch der blos obligatorisch Berechtigte dann wegen Sachbeschädigung klagberechtigt ist, wenn er nicht in anderer Weise zum Ersatz seines Schadens kommen kann.“

Die bei weitem größere Zahl der Juristen aber steht, wenigstens in der neueren Zeit, auf einem grundsätzlich abweichenden Standpunkt. Nur dem dinglich Berechtigten soll der Weg der aquilischen Klage aus eigenem Rechte zustehen, und nur eine Ausnahme zu Gunsten des Pächters findet man davon in den Quellen anerkannt.

Ich hebe unter den Vertretern dieser Meinung hervor Baron, Ferrini, Hasse, v. Liszt, Göschen, Keller, v. Vangerow, v. Wächter, Windscheid, Zimmern[7] — eine Liste, die sich unschwer noch erheblich vermehren ließe. Auch die ausführliche und sorg-

---

4) Glück's Kommentar Bd. 10, S. 374 ff.; Thibaut, Pandekten Aufl. 8. II § 623 No. h; Schömann, Handbuch des Civilrechts I S. 223 ff., s. auch Höpfner's Institutionen § 1052.

5) v. Holzschuher, Theorie und Kasuistik III § 326.

6) Dernburg, Pandekten II § 131 No. 15.

7) Baron, Pandekten § 313; Ferrini, in der rivista Italiana per le scienze giur., Bd. 12 S. 180 ff.; Göschen, Vorlesungen II, § 591 S. 567; Hasse, Die Culpa S. 322 ff. No. a; Keller, Pandekten § 356; v. Löhr, Theorie der Culpa S. 83; v. Vangerow, Pandekten § 681 Anm. 1 No. II; Wächter, Pandekten II § 215; Windscheid, Pandekten II § 455 No 17; Zimmern, System der Noxalklagen S. 10 ff.

sam abwägende Untersuchung von Pernice[8] kommt im Grunde zu demselben Ergebniß, wenn sie auch den Gegnern etliche Zugeständnisse macht und namentlich in der unten zu besprechenden l. 14 (13) D. 18, 6 „die Realberechtigung als Grundlage der Klage nicht streng festgehalten sein läßt".

Die herrschende Lehre wird auch, soviel ich sehe, fast ausnahmslos von der Praxis unterstützt. Dahin gehören zunächst mehrere Entscheidungen aus Seufferts Archiv:

a) Bd. 8 Nr. 137, O.A.G. Lübeck vom 13. X. 1838: Die aquilische Klage sei nur gegeben bei Beschädigung von Sachen, nicht wegen sonstiger pekuniärer Nachtheile. Es würde höchst bedenkliche Folgen haben, wegen jeden Nachtheils, den jemand indirekter Weise aus den Handlungen eines Andern erleide, eine Entschädigungsklage zu gestatten.

b) Bd. 30 Nr. 146, O.A.G. Berlin vom 19. I. 1874 (= Fenner und Mecke, Civilrechtl. Entscheid. Bd. 5 S. 160 fg.): Ein Anspruch der Versicherungsgesellschaften gegen den Urheber einer Beschädigung der bei ihr versicherten Personen bestehe nicht. „Die gemeinrechtliche durch das aquilische Gesetz begründete Haftverbindlichkeit gewährt der Regel nach nur dem dinglich an der Sache Berechtigten einen Anspruch auf Schadensersatz, nicht aber demjenigen, welcher nur zufolge eines Vertragsverhältnisses oder aus sonstigem Grunde durch die Beschädigung der Sache sich in seinen materiellen Interessen verletzt erachtet; und wenn auch eine gemeine Praxis in Ansehung der angeblichen Tötung eines Menschen über die bezeichneten Grenzen hinaus den Kreis der Entschädigungsberechtigten, insbesondere in Ansehung der hilfsbedürftigen Hinterbliebenen, erweitert hat, so hat doch diese extensive Anwendung des Gesetzes sich niemals auf ein Rechtsverhältniß der vorliegenden Art erstreckt, wo lediglich auf Grund eines Vertragsverhältnisses dem einen Kontrahenten aus dem verschuldeten Tode seines Mitkontrahenten eine materielle Benachtheiligung erwachsen ist."

Das müsse vor allem bei Lebensversicherungen gelten, „wo, von besonderen Verhältnissen abgesehen, es an der Voraussetzung eines durch den Tod des Versicherten eingetretenen Schadens, zu dessen Ersatz die Lebensversicherung eingegangen wäre, fehlt."

Diesen Standpunkt hat neuerdings auch das Reichsgericht zu dem seinen gemacht, ausweislich dreier Entscheidungen:

a) Bd. 8 Nr. 36 S. 158 ff., C. S. I vom 10. II. 1883: Daß dem in Betreff einer Sache nur obligatorisch Berechtigten ein Anspruch auf Schadensersatz nicht zustehe, sei in verschiedenen Stellen ganz unzweideutig ausgesprochen, und ein entgegenstehendes Gewohnheitsrecht lasse

8) Pernice, Zur Lehre von den Sachbeschädigungen, S. 206 ff.

sich trotz vereinzelter, übrigens nicht unbedenklicher und nicht unwidersprochen gebliebener, Erkenntnisse nicht nachweisen.

b) Bd. 22 Nr. 25 a. E. S. 138, C. S. I vom 19. XII. 1888. Hier wird unter Bezugnahme auf die frühere Entscheidung lediglich festgestellt, daß „eine Ausdehnung der lex Aquilia auf Vermögensschäden, die keine Sachschäden sind, auch wenn sie aus verbotenen Handlungen hervorgegangen, sich nicht rechtfertigen läßt."

c) Das. Nr. 42 S. 208 ff., C. S. VI vom 3. XII. 1888: Der Senat will dem unter a) mitgetheilten Erkenntniß „nicht entgegentreten" und die a. l. Aqu. lediglich erstrecken „auf jeden Fall, wo der dinglich (!) Berechtigte in der Ausnutzung seines Rechtes auch nur durch zeitweilige Entziehung der Sache oder auf andere Weise vorübergehend beeinträchtigt worden ist."

Die gegenteilige Lehre dagegen ist in den Entscheidungssammlungen kaum jemals vertreten worden. Allerdings gewährt die Praxis fast einmüthig den hinterbliebenen Alimentationsberechtigten einen Ersatzanspruch gegen den Verletzer; aber es ist wohl niemals dabei verkannt worden, daß es sich um ein singuläres durch die römischen Quellen nur sehr gezwungen und theilweise zu deckendes Rechtsinstitut, ein Erzeugniß des modernen Rechtsbewußtseins, handele. So die Erkenntnisse bei Seuffert 11 Nr. 44, 13 Nr. 144, 24 Nr 116; 29 Nr. 137. Es ist daher auch Niemandem eingefallen, diese eigenartige Rechtsbildung als Beweis für die allgemeine Zuständigkeit der aquilischen Klage zu Gunsten des obligatorisch Berechtigten anzuführen.

Aber auch die beiden vom Reichsgericht angezogenen und bekämpften Entscheidungen aus Seuffert sind im Grunde kaum bedenklich; s. Bd. 17 Nr. 224 (nicht 225, wie das R.G. sagt) und Bd. 21 Nr. 55 — Erkenntnisse des O.A.G. Wolfenbüttel vom 13. V. 1864 und des O.A.G. Lübeck vom 29. XII. 1864. Sie sprechen zwar von einer Ausdehnung des Schadensersatzrechtes allgemein auf Vermögensbeschädigungen, verwerthen dafür aber nicht die — im ersteren Erkenntniß sogar verworfene — aquilische Klage, sondern eine in der neueren Rechtsentwicklung angeblich ausgebildete Klage, die das Wolfenbütteler Gericht als actio in factum bezeichnet. Uebrigens hätte sich der von ihm entschiedene Fall — Entschädigung des Pächters einer Fischereigerechtigkeit in einem öffentlichen Fluß gegen den, der durch Einlassen von heißem Wasser u. dergl. die Fische getödtet hatte — wohl schon einfacher gemäß der l. 27 § 14 D. 9,2 befriedigend lösen lassen.

Eine ausführliche Nachprüfung der Frage auf Grund der Quellen erübrigt sich hier um so eher, als Pernice bereits alles Belangvolle in

vorzüglicher Weise zusammengestellt und verwerthet hat. Insbesondere hat er die der herrschenden Lehre etwa auf Grund der l. 43 D. 9,2 entgegenzustellenden Bedenken so vollständig entkräftet, daß ich seinen Worten nichts hinzuzusetzen wüßte.

Dagegen scheint mir Pernice bei Erörterung einiger anderer in etwa bedenklicher Stellen den Gegnern der herrschenden Lehre mehr einzuräumen, als durch die Sachlage erfordert wird:

a) Das gilt zunächst von der l. 14 (13) D. 18,6, die mit der l. 13 das. eine untrennbare Einheit bildet:

l. 13: „lectos emtos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit: si traditi essent emptori aut per eum stetisset quo minus traderentur, emptoris periculum esse placet“ (Paulus).

l. 14: „eumque cum aedili, si id non iure fecisset, habiturum actionem legis Aquiliae: aut certe cum venditore ex empto agendum esse, ut is actiones suas, quas cum aedile habuisset, ei praestaret“ (Julianus).

Nach Pernice wird hier dem Käufer die aquilische Klage zugebilligt, obwohl er durch die Dereliktion (?) des Verkäufers nicht etwa Eigenthümer geworden ist; weil er die Gefahr des Zufalls trage, soll er die Klage haben. „Das Eigenthum kommt nicht in Frage.“

Mir scheint, als ob damit die erste Hälfte der l. 14 auf Kosten der zweiten etwas einseitig beachtet sei. Allerdings spricht Julian zunächst ohne Weiteres dem Käufer die Klage zu, ohne an eine das erst vermittelnde cessio actionis durch den Verkäufer zu denken. Aber er verbessert sich sofort selbst, indem er einen juristisch sichreren Weg (aut certe) aufweist: der Käufer mag sich auf Grund seines Anspruchs ex empto die aquilische Klage des Verkäufers abtreten lassen. Eine derartige Selbstcorrektur ist so wenig etwas Unerhörtes, daß sie sich in Schriften, noch mehr natürlich in Vorträgen, sogar ganz häufig findet; man führt eine allzu weit gehende oder zu scharf pointirte Bemerkung dadurch auf das richtige Maß zurück, daß man sie — im Deutschen etwa durch ein „ich will damit sagen“, „oder genauer“ einschränkt: eine Art authentischer Restriktivinterpretation! Julian dachte zunächst an das Endergebniß, für das seine anfängliche Entscheidung durchaus paßt; aber sofort besinnt er sich darauf, daß dasselbe doch erst auf einem Umwege zu gewinnen sei, und weist nunmehr im Nachsatze auf diesen hin. Wollte man die Stelle anders auffassen, so müßte man annehmen, Julian habe zugleich beiden Betheiligten die Klage zugesprochen — dem Käufer laut des Vordersatzes, dem Verkäufer im Nachsatz, der mit seinem „aut certe“ die anfängliche Zuständigkeit

der Klage für den Verkäufer als über jeden Zweifel erhaben hinstellt. Diese Kollision der Ansprüche beider Betheiligten würde aber erhebliche Bedenken wachrufen und mit der sonstigen Regelung des commodum rei zwischen Verkäufer und Käufer, wonach dieser überall auf cessio actionis angewiesen ist, in Widerspruch stehen.

Nimmt man mit Lenel (Palingenesia I S. 494 Nr. 910) an, daß sich die Stelle in ihrem ursprünglichen Zusammenhang mit demselben Thatbestand beschäftigt habe, wie das ihr in der Reihenfolge der Pandekten unmittelbar vorausgehende Paulus-Fragment, so bliebe noch eine andere Lösung. Der Thatbestand scheidet zwei Fälle: a) wenn die Betten dem Käufer übergeben sind; b) wenn er die Annahme grundlos unterlassen oder verweigert hat. Ebenso sind in der Entscheidung zwei Eventualitäten angeführt: einmal eigenes Klagerecht des Käufers, zum Anderen cessio actionis seitens des Verkäufers. Nach allgemeinen Grundsätzen würde die erste Entscheidung gerade und nur auf den ersten, die zweite gerade und nur — denn wie soll dem Verkäufer nach Tradition der Betten noch eine aquilische Klage zustehen? — auf den zweiten Fall passen. Sollte es da nicht angängig sein, anzunehmen, Julian habe beim ersten Theil seiner Entscheidung nur an jenen, beim zweiten nur an diesen Fall gedacht?

So ansprechend eine solche Vermuthung wäre; für unbedenklich wage ich sie nicht auszugeben — schon wegen des „aut certe“. Ich möchte daher an erster Stelle bei meinem früheren Erklärungsversuch stehen bleiben.

b) In der l. 41 pr. D. h. t. 9,2 findet Pernice zwar „nicht eine subjektive Ausdehnung des Klagerechts, doch jedenfalls eine große Gleichgiltigkeit gegen dessen dingliches Fundament.“ Denn Ulpian gewähre darin nicht nur den Erben, sondern auch den Legataren eine Ersatzklage ex lege Aquilia gegen den Zerstörer der Testamentsurkunde.

Eine Widerlegung der herrschenden Lehre würde darin unter keinen Umständen enthalten sein. Aber sollte sich überhaupt nicht eine plausiblere Erklärung der Stelle ermöglichen lassen? Sagen doch die Römer (l. 2 pr. D. 29,3):

„tabularum testamenti instrumentum non est unius hominis, hoc est heredis, sed universorum, quibus quid illic adscriptum est: quin potius publicum est instrumentum.“

Ist nun auch trotz dieser Stelle die Annahme eines Gesammt- oder Miteigenthums aller Interessenten an der Testamentsurkunde natürlich fernliegend und verfehlt, so wird man ihnen doch andererseits eine Art

dingliches oder sonst absolutes Recht an derselben nicht absprechen dürfen. Denn ihnen steht nach dem prätorischen Edict Anwartschaft auf Rechtsschutz jedem gegenüber zu, der die Urkunde hinter sich hat, s. tit. Dig. de tabulis exhibendis 43,5 und dazu Ubbelohde bei Glück, Serie der Bücher 43 und 44, Theil 3, S. 235 ff.; Dernburg Pandekten III § 157 Nr. 2. Ist das Interesse der Legatare aber ein gegenüber Jedermann geschütztes, so enthält die Zubilligung der aquilischen Klage an sie nichts weniger als eine Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen bei derselben.

Hat sich uns bisher nichts der herrschenden Lehre ernstlich im Wege Stehendes ergeben, so wird sie andererseits durch unzweideutige Quellenbelege gestützt.

a) Wird die verkaufte Sache vor der Tradition an den Käufer von einem Dritten beschädigt oder zerstört, so steht die Klage zunächst dem Verkäufer zu, der sie dem Käufer erst als commodum rei zu cediren hat, l. 13 § 12 D. 19,1 (Ulpianus):

„sed et si quid praeterea rei venditae nocitum est, actio emptori praestanda est, damni forte infecti vel aquae pluviae arcendae vel Aquiliae vel interdicti quod vi aut clam.“

Also eine Bestätigung des in der l. 14 D. 18,6 cit. nach meinen obigen Ausführungen Enthaltenen.

Ebenso heißt es in § 3a J. III, 23 mit sehr bezeichnender Begründung vom Verkäufer:

„utique tamen vindicationem rei et condictionem exhibere debebit emptori, quia sane, qui rem nondum emptori tradidit, adhuc ipse dominus est. idem est etiam de furti et de damni iniuriae actione.“

Also weil der Verkäufer noch Eigenthümer ist, hat er auch noch die aquilische Klage, und muß sie dem Käufer erst besonders cediren.

Dasselbe ergiebt die l. 18 § 5 D. 4,3 von Paulus:

„Si servum, quem tu mihi promiseras, alius occiderit, de dolo malo actionem in eum dandam plerique recte putant, quia tu a me liberatus sis: ideoque legis Aquiliae actio tibi denegabitur.“

b) Dem entspricht es, wenn auch anderen bloß persönlich Berechtigten die Klage nicht gewährt wird. So nach Ulpian in l. 11 § 9 D. h. t. 9,2 nicht dem Kommodatar:

„Eum, cui vestimenta commodata sunt, non posse, si scissa fuerint, lege Aquilia agere Julianus ait, sed domino eam competere.“

Allerdings gewährt derselbe Schriftsteller bekanntlich dem Pächter die Klage, l. 27 § 14 h. t.:

„Et ideo Celsus quaerit, si lolium aut avenam in segetem alienam conieceris, quo eam tu inquinares, non solum quod vi aut clam dominum posse agere vel, si locatus fundus sit, colonum, sed et in factum agendum, et si colonus eam exercuit, cavere eum debere amplius non agi, scilicet, ne dominus amplius inquietet“ . . . . .

Alle Versuche, hier die Gewährung der Klage an einen lediglich persönlich Berechtigten wegzudeuten, müssen scheitern, und so giebt denn auch die herrschende Lehre freimütig die Ausnahme zu. Daß sie dies aber lediglich ist, beweist evident die ihr gegenüberstehende Vielzahl von Stellen. Diese lassen sich auch nicht auf die dem Käufer zustehende Möglichkeit, durch Anspruch auf cessio actionis gegen den Verkäufer indirekt eine Schadloshaltung zu erzielen, zurückführen. Angenommen, wenn schon nicht zugegeben, dem Miether und Pächter fehle eine solche Möglichkeit unter allen Umständen, so steht sie doch offenbar dem bloßen Kommodatar noch weniger zu Gebote — und doch wird ihm die aquilische Klage von Ulpian, als ob sich das von selbst verstände, versagt! Damit scheint mir Dernburgs mittlere Meinung unverträglich.

Anders wäre es vielleicht, wenn die von Glück angerufene l. 41 D. 19,2 den Sinn hätte, den er ihr beilegt: daß sie nämlich „dem Mietmann und Kommodatar“ eine actio l. Aqu. utilis gewähre, falls sie dem Eigenthümer wegen ihrer Nachlässigkeit für die Beschädigung der Sache verantwortlich seien:

„Sed de damno ab alio dato agi cum eo non posse Julianus ait: qua enim custodia consequi potuit ne damnum iniuria ab alio dari possit? sed Marcellus interdum esse posse ait, sive custodiri potuit, ne damnum daretur, sive ipse custos damnum dedit: quae sententia Marcelli probanda est.“

Aber die unbefangene Beurtheilung kann über den Sinn dieser Stelle nicht zweifelhaft sein — sie redet nicht von einer Klage des custos, sondern von der actio locati des dominus gegen ihn wegen des durch einen Dritten verursachten Schadens. Das geht nicht nur aus dem Wortlaut hervor, sondern auch aus der anderufalls ganz sinnlosen Einstellung des Fragmentes in den Titel locati conducti.

Es bleibt also dabei, daß die Römer in der Regel dem bloß obligatorisch Berechtigten keine aquilische Klage gegeben haben, nicht einmal utiliter, und ohne Rücksicht darauf, ob er gegen den Eigenthümer einen Anspruch auf Abtretung von dessen Klage hat oder nicht. Wie die

singuläre Ausnahme bei dem Pächter zu erklären sei, scheint freilich Gegenstand des Bedenkens. Will man sich nicht mit der öden Feststellung der Thatsache begnügen, so bleibt m. E. nichts übrig, als sich der recht plausiblen Erklärung von Pernice anzuschließen, wonach dem Pächter deshalb der aquilische Schutz habe gewährt werden dürfen, weil er zwar noch nicht Eigenthümer von den stehenden Früchten sei, aber doch eine „ohne Vermittelung eines Dritten zu dinglichen Rechten an der Sache führende“ persönliche Berechtigung gehabt habe, S. 207.

b) Bei anderen Deliktsklagen ist die Beschränkung der Aktivlegitimation auf dinglich Berechtigte in den römischen Quellen nicht oder doch nicht unterschiedslos zu finden. So namentlich nicht bei den actiones doli und furti (anders bei der condicto furtiva). Das ist so zweifellos, daß sich eine vollständige Zusammenstellung des Quellenmaterials erübrigt. Ich verweise nur auf folgende Stellen:

α) Daß die actio doli dem Gläubiger gewährt werde, dessen Forderungsrecht ein Dritter durch vorsätzliche Vernichtung des ihm geschuldeten Objektes vernichtet hat, spricht mit großer Entschiedenheit aus die oben citierte l. 18 § 5 D. 4,3, S. auch z. B. ll. 9 § 2,18 § 4,35 das. Die Rechtfertigung dafür ergiebt die ganze Anlage und der Zweck der actio doli, die sich nicht gegen Verletzung eines besonderen Rechtes, sondern allgemein gegen ungünstige Beeinflussung der gesammten Vermögenslage richtet, s. das Edikt in l. 1 § 1 das.

β) Die actio furti wird allerdings dem Käufer der gestohlenen Sache versagt, wenn und weil er noch nicht Eigenthümer ist, ll. 14 pr., 81 (80) pr. D. 47,2, § 3a J. cit. III. 23. Er ist also wie bei der a. legis Aquiliae auch hier auf die Cession der Klage seines Verkäufers angewiesen und hat darauf als auf ein commodum rei Anspruch.

Andererseits steht denjenigen, die als Nichteigenthümer auf Restitution eine ihnen überlassenen fremden Sache haften, nach l. 14 § 16 D. 47,2 die a. furti zu:

„et puto omnibus, quorum periculo res alienae sunt, veluti commodati, item locati pignorisve accepti, si hae subreptae sint, omnibus furti actiones competere.“

Allerdings ist es hier nicht das Interesse der Betreffenden als Gläubiger am Gebrauch oder Behaltendürfen der fremden Sache, das die Römer zur Zubilligung der Klage an sie veranlaßt, sondern umgekehrt ihr Schuldnerinteresse — weil ihnen in Folge des furtum die Haftung gegenüber dem dominus obliegt. Das wird bestätigt durch die l. 54 (53) § 1 D. 47,2 und die l. 91 (90) pr. das., wo dem fullo sogar die actio furti geradezu abgesprochen wird, sobald er „actione

locati de domino liberatus est". Damit wäre also unser Fall, wo es sich um Schadensersatz wegen Beeinträchtigung des Gläubigerinteresses handelt, noch nicht getroffen. Trotzdem zweifle ich nicht, daß die Römer auch dieses letztere Interesse für die Zuständigkeit der a. furti als ausreichend angesehen haben. Einen bedeutsamen Beleg dafür findet man in l. 14 § 17 tit. cit., wo demjenigen, dem eine epistola perferenda data est, gegen den fur des Briefes die Klage nicht nur gegeben wird, „si custodia eius ad eum pertineat", sondern auch, wenn er ein sonstiges Interesse an Erledigung des Auftrages hatte:

„sed et si interfuit eius epistulam reddere, furti habebit actionem. Finge eam epistulam fuisse, quae continebat, ut ei quid redderetur fieretve: potest habere furti actionem: vel si custodiam eius rei recepit vel mercedem perferendae accipit."

Aber auch das bildet schwerlich einen Widerspruch gegenüber der abweichenden Regelung bei der Sachbeschädigung. Denn die actio furti ist eine Strafklage, hat also ihren Grund in der Verletzung der Rechtsordnung, nicht eines subjektiven Privatrechts. Und wenn die Römer auch bei Feststellung der Aktivlegitimation darauf gesehen haben, wessen private Interessen durch das furtum verletzt seien, so bestand doch für sie nicht der mindeste Grund, nur gerade das Interesse der Verletzung des Eigenthums oder eines ähnlich wirkenden Rechts zu berücksichtigen, nicht auch das allgemeinere an der Nichtbeeinflussung des Vermögens überhaupt, die „sola utilitas", wie Papinianus in l. 81 (80) § 1 h. t. das Interesse des Nichteigenthümers bezeichnet. Wenn sie das nicht durchgreifend, vielleicht sogar etwas principlos, gethan haben, so kann das kaum Wunder nehmen. Möglicherweise, ja wahrscheinlich, hat aber auch die Nichtzubilligung der Klage an den Käufer den rationellen Grund gehabt, daß dieser ja auf andere Weise — wegen seines Anspruches gegen den Verkäufer auf Ueberlassung des commodum rei — sich schadlos halten konnte, ohne daß alsdann die mit der Zuweisung der a. furti an zwei verschiedene Betheiligte verbundenen Mißlichkeiten zu gewärtigen waren.

γ) Von der actio de pauperie sagt Paulus in l. 2 pr. D. 9, 1:

„Haec actio non solum domino, sed etiam cuius interest competit, veluti ei cui res commodata est, item fulloni, quia eo quod tenentur damnum videntur pati."

Von einer Zubilligung der Klage an den obligatorisch Berechtigten wegen seines Gläubigerinteresses ist hier nun freilich nicht die Rede; nur deßhalb wird dem Kommodatar und dem fullo die Klage gewährt, weil

sie wegen ihrer Haftung dem Eigenthümer gegenüber in ihrem Interesse verletzt sind. Die Anhänger der herrschenden Lehre könnten damit die Beweiskraft der von ihren Gegnern bisweilen angerufenen Stelle für unsere Frage nicht ohne eine gewisse Berechtigung ablehnen.

Ich will mich indeß nicht dahinter verschanzen und gebe die Möglichkeit, ja Wahrscheinlichkeit zu, daß die Römer vorkommenden Falls auch wohl wegen Verletzung des Gläubigerinteresses die Klage gegeben haben würden. Doch ich bestreite, daß daraus irgend welche allgemeineren Schlüsse zu ziehen seien. Denn die actio de pauperie setzt, im Gegensatz zur actio legis Aquiliae, nur einen durch Vierfüßler in der bekannten Art und Weise angerichteten Schaden voraus, aber keine Widerrechtlichkeit, l. 1 §. 3 h. t.: „pauperies est damnum sine iniuria facientis datum."

Kommt es aber nur auf die Schadenszufügung als solche, nicht auf die rechtswidrige Schadenszufügung an, so liegt kein Grund vor, die Klage gerade auf den dinglich Berechtigten zu beschränken. Denn daß das Interesse auch der bloß persönlich Berechtigten durch den quadrupes verletzt werden kann, wird nicht bezweifelt werden dürfen. Auch hier möchte man mit der l. 81 (80) § 1 D. 47,2 sagen, daß tunc sola utilitas aestimationem facit.

2. Die neueren Gesetzbücher.

Die neueren Gesetzgebungen, soweit sie für Deutschland in Betracht kommen, weisen im außerkontraktlichen Schadensersatzrecht gegenüber den römischen Bestimmungen eine gemeinsame Eigenthümlichkeit auf, und können daher hier auch zusammen, und zwar sehr kurz, abgemacht werden. Sie geben an Stelle der specialisirenden Behandlung der Römer eine allgemeine Ersatzklage wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Verletzung des fremden Vermögens. Dies gilt besonders von den unter dem Einfluß der naturrechtlichen Anschauungen um die Wende des achtzehnten und neunzehnten Jahrhunderts entstandenen Gesetzbüchern Preußens, Frankreichs und Oesterreichs. War auch dem Römischen Recht nach der jetzt überall anerkannten Ansicht eine allgemeine Schadensersatzklage, eine „actio culpae", fremd, so ändert das doch nichts an der Thatsache, daß die Wissenschaft vor hundert Jahren allgemein an sie glaubte, s. statt Aller Landsberg, Iniuria und Beleidigung, 1886, S. 107 No. 3. Ob diese Erweiterung der Schadensersatzpflicht auf altdeutschen Rechtsanschauungen beruhe (so Lehmann-Stobbe III S. 506), steht hier nicht zur Erörterung.

Was Wunder, daß dem die Codifikationen aus jener Zeit folgen!

a) So findet sich der allgemeine Schadensersatzanspruch im Preußischen Landrecht. Schade ist nach Theil 1. Tit. 6 § 1, „jede Verschlimmerung des Zustandes eines Menschen, in Ansehung seines Körpers, seiner Freiheit oder Ehre, oder seines Vermögens.“ Wer Jemandem „ohne Recht“ einen Schaden dieser Art zufügt, „der kränkt oder beleidigt denselben,“ § 8. Und diese „Beleidigung“ macht den Thäter bei Verschulden in einer nach dessen Graden verschieden abgestuften Weise verantwortlich.

Daß zu einer allgemeinen Vermögensbeschädigung dieser Art auch die Verletzung eines bloßen Gläubigerinteresses zu rechnen sei, liegt auf der Hand — denn schon dadurch wird der Zustand des Gesammtvermögens, in vielleicht sehr empfindlicher Weise, berührt. Und so hat denn auch von jeher die Praxis und Doktrin des Preußischen Rechts entschieden, s. statt Aller Dernburg, Privatrecht II § 295 a. E.

In vollem Umfange hat man aber einen solchen Schutz bloß obligatorischer Beziehungen selbst für das landrechtliche Gebiet nicht durchzuführen gewagt. Insbesondere verwirft, unter Zustimmung von Dernburg (Privatrecht II § 297 No. 12), die berühmte Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichtes, Senat I, vom 9. VI 1879 (Entsch. Bd. 13 Nr. 136 S. 426 fg.), auch vom Standpunkt des Landrechts aus, einen selbständigen Ersatzanspruch der Lebensversicherungsgesellschaft gegen den schuldhaften Thäter des bei ihr Versicherten. Denn es fehle hier, wo die Gesellschaft mit dem Getödteten „nur in einem Vertragsverhältnisse gestanden habe“, an einem Eingriff in die Rechtssphäre des Beschädigten. Die der Gesellschaft durch die Tödtung erwachsenen pekuniären Nachtheile stempelten die That noch nicht zu einer Rechtsverletzung ihr gegenüber.

Es ist höchst interessant, wie hier durch ein Raisonnement, dessen Schlüssigkeit dahingestellt bleiben kann, der im Landrecht durch keine gesetzliche Bestimmung eingeengte Schadensersatzanspruch des obligatorisch Berechtigten wieder weginterpretirt wird.

b) Eine allgemeine Ersatzklage wegen schuldhafter Vermögensbeschädigung ist auch dem Code geläufig. Art. 1382:

> „Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.“

Zum Unterschied vom Landrecht gewährt denn auch die vorwiegende französische Praxis dem Lebensversicherer einen direkten Ersatzanspruch gegen den Tödter des Versicherten, s. Crome-Zachariae II § 367 No. 2.

c) Auch das österreichische bürgerliche Gesetzbuch kennt den allgemeinen Schadensersatzanspruch, s. §§ 1293 („Schaden heißt jeder Nachtheil, welcher Jemandem an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist“), 1295, 1331.

d) Dasselbe gilt ebenmäßig auch vom Sächsischen Gesetzbuch, s. §§ 116, 773, 774.

III.

Wie stellt sich nun zu unserer Frage das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich? Um eine sichere Antwort zu ermöglichen, scheint es mir angebracht, zunächst — wennschon nicht ausschließlich — auf die Entstehungsgeschichte und die Absicht des Gesetzgebers einzugehen.

1. Der erste Entwurf hatte in § 704 bekanntlich nach dem Muster der neueren Gesetzgebungen eine allgemeine außerkontraktliche Schadensersatzklage ausgebildet; es heißt hier in Abs. 1:

„Hat Jemand durch eine aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit begangene widerrechtliche Handlung — Thun oder Unterlassen — einem Anderen einen Schaden zugefügt dessen Entstehung er vorausgesehen hat oder voraussehen mußte, so ist er dem Anderen zum Ersatze des durch die Handlung verursachten Schadens verpflichtet, ohne Unterschied, ob der Umfang des Schadens vorauszusehen war oder nicht.“

Man könnte bei oberflächlicher Betrachtung meinen, daß damit auch die Verletzung bloßer Gläubigerinteressen unter Ersatzpflicht gestellt wäre, gleich wie im Landrecht. Indeß würde das dem Erforderniß der „Widerrechtlichkeit“ der Schadenszufügung nicht oder doch möglicher Weise nicht gerecht werden. Geben die Motive (II S. 727) die Absichten der Verfasser des Entwurfs richtig wieder, so hat man die Frage unseres Themas mit der Satzung des § 704 nicht bejahen, sondern verneinen wollen. Denn sie sagen, daß, wie aus einem Schuldverhältniß nur ein Recht gegen den Schuldner entstehe, so auch nur der Schuldner einer Verletzung dieses Rechtes sich schuldig machen könne. „Wohl kann auch ein Dritter, wenn er in die obligatorischen Rechte eines Anderen schädigend eingreift (z. B. durch Zerstörung des Gegenstandes des obligatorischen Rechtes), dem Anderen zum Schadensersatze verpflichtet werden, aber nur, wenn seine Handlung aus einem anderen Grunde als wegen der Schädigung des obligatorischen Rechtes als eine widerrechtliche sich darstellt.“

2. Die allgemeine Schadensersatzklage des ersten Entwurfes ist von der zweiten Kommission beseitigt worden und in das Gesetz-

buch nicht übergegangen. Gerade weil er zu Zweifeln Anlaß biete und einer allzu weiten Auslegung fähig sei, hat die Kommission den § 704 Abs. 1 verworfen. Es gehe zu weit, jedem Beschädigten ein Recht auf Entschädigung zu gewähren, ohne daß es darauf ankomme, ob das verletzte Gesetz zum Schutze der geschädigten Interessen bestimmt sei, Prot. II S. 571. Darum wird in dem nunmehrigen § 823 des B.G.B. unterschieden: nach Abs. 1 soll nur noch der haftbar sein, der vorsätzlich oder widerrechtlich „das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigenthum oder ein sonstiges Recht eines Anderen widerrechtlich verletzt", also ähnlich, wie im ersten Entwurf nach dem den ersten ergänzenden zweiten Absatz des § 704.[9] Daneben statuirt § 823 Abs. 2 nur eine Ersatzpflicht, wenn Jemand „gegen ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz verstößt."

Es ist ganz klar, oder sollte doch ganz klar sein, daß bei dieser Einengung des Schadensersatzrechtes die zweite Kommission noch viel weniger als die erste gewillt gewesen sein kann, den dritten Schädiger eines obligatorischen Interesses einer Ersatzpflicht zu unterwerfen. Zum Ueberfluß ergiebt sich aber daneben eine entsprechende Anschauung der Kommission aus den Gründen, mit denen sie verschiedene anderweite Anträge ablehnte. So wurde ein die Regelung des ersten Entwurfs in der Sache beibehaltender Antrag aus der Erwägung abgelehnt, „daß es außerhalb des kausalen Zusammenhanges stehe, der zwischen der That und ihren Folgen vorhanden sein müsse, daß beispielsweise eine Versicherungsgesellschaft an denjenigen, der in zufälliger Kenntniß von dem Bestehen der Versicherung eine bei ihr versicherte Person getödtet habe, berechtigt sein sollte, für ihren Ausfall Entschädigung zu verlangen", Prot. II S. 571.

Nicht anders war das Schicksal eines Antrages, nach dem der Tödter einer einem Dritten rentenpflichtigen Person ihrem Gläubiger für den eingetretenen Verlust seines Rentenrechtes ersatzpflichtig erklärt werden sollte. Demgegenüber hielt es die Mehrheit „nicht für gerechtfertigt, von der Regel — daß dem mittelbar Geschädigten kein Ersatzanspruch zustehe — zu Gunsten der hier in Frage stehenden Personen eine Ausnahme zu machen." Der Berechtigte müsse von vornherein mit

9) „Hat Jemand aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit durch eine widerrechtliche Handlung das Recht eines Anderen verletzt, so ist er den durch die Rechtsverletzung dem Anderen verursachten Schaden diesem zu ersetzen verpflichtet, auch wenn die Entstehung eines Schadens nicht vorauszusehen war. Als Verletzung eines Rechtes im Sinne der vorstehenden Vorschrift ist auch die Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit und der Ehre anzusehen."

allen Gefahren rechnen, denen das Leben des Verpflichteten ausgesetzt sei, also auch mit der Gefahr der Tödtung; diese beeinträchtige sein Interesse, verletze aber nicht sein Recht, Prot. II S. 620.

IV.

Spricht so die Entstehungsgeschichte des Gesetzbuches entschieden gegen die Annahme derer, welche auf Grund desselben einem allgemeinen Schadensersatzanspruch des obligatorisch Berechtigten das Wort reden, so ist damit die Frage natürlich noch nicht abgethan. Gegenüber einem unzweideutigen Wortlaut des Gesetzestextes müßten alle bisher hervorgehobenen Bedenken zurücktreten.

Aber im Gegensatz zu Cosack und Kuhlenbeck muß ich entschieden bestreiten, daß ein solcher unzweideutiger Wortlaut im § 823 vorliege. Allerdings trifft danach die Ersatzpflicht „den Verletzer des Eigenthums oder eines anderen Rechts." Aber wenn auch zu den anderen Rechten im Allgemeinen natürlich Forderungen zählen, so setzt die Ersatzpflicht doch immer eine Verletzung der betreffenden Rechte voraus. Wann aber eine Rechtsverletzung vorliege, worin sie bestehe, beantwortet sich offenbar nach der Eigenart der verschiedenen Rechte verschieden. Absolute Rechte — Eigentum, iura in re aliena, Autorrechte — kann ihrer Natur nach Jedermann verletzen. Aber Forderungen sind doch ihrem Begriff nach bloß relative Rechte, „iuris vincula", die den Willen des Verpflichteten dem des Berechtigten in einer bestimmten Weise unterwerfen. Wer durch Einwirkung auf eine der bei dem iuris vinculum betheiligten Personen, oder auf das geschuldete Objekt, die Forderung des Gläubigers in ihrem Werthe beeinträchtigt oder gar zum Erlöschen bringt, der verletzt freilich in sehr intensiver Weise das Interesse des Gläubigers. Aber daß solche Verletzung des Interesses und damit des Vermögensbestandes in seiner Totalität als solche keinen Ersatzanspruch begründet, ergiebt sich aus der Entstehungsgeschichte wie dem Wortlaut des Gesetzes unzweideutig. Nicht die Interessen-, sondern die Rechtsverletzung wird in § 823 [1] getroffen.

Allerdings wird das obligatorische Recht durch eine derartige Verletzung selbst in Mitleidenschaft gezogen. Aber dies doch nur in mittelbarer Weise, als Reflexwirkung der unmittelbar einem von ihr verschiedenen anderen Rechtsgut — der Person eines der Betheiligten, der beschädigten Sache bezw. dem Eigenthum daran — zugefügten Verletzung. Ich will nicht in Abrede stellen, daß eine solche mittelbare Verletzung für die Rechtsordnung genügen kann, um dem dadurch Beein-

trächtigten einen Ersatzanspruch zuzubilligen. Aber daß sie dazu auch wirklich im Sinne des § 823 genüge, ist ebensowenig ausgemacht — denn daß es sich hier um eine, wenn man den Ausdruck überhaupt darauf anwenden darf, andersartige Rechtsverletzung handelt, als bei den unmittelbaren Verletzungen absoluter Rechte, wird nicht bestritten werden können.

Ein anderes Argument im Sinne der hier vertretenen Lehre könnte man mit den Motiven aus dem Erforderniß der „Widerrechtlichkeit" der Verletzung in § 823 ¹ entnehmen. Legt das Forderungsrecht lediglich dem Schuldner eine gewisse Verpflichtung auf, so möchte nur er als zu einer Zuwiderhandlung dagegen geeignet erscheinen. Alle Beziehungen, die das zweite Buch des B.G.B. regelt, sind nur solche zwischen Gläubiger und Schuldner; ein Rechtssatz, der dritten Personen sie zu respektiren aufgebe, findet sich im Gesetzbuch nicht.

Ich will mich aber auf diesen zweiten Grund noch weniger, als auf den ersten, verbeißen. Seine Beweiskraft wäre von der Voraussetzung abhängig, daß man als „widerrechtlich" nur die gegen eine sonstige Norm des Civil- oder Strafrechtes verstoßenden Verletzungen der in § 823 aufgeführten Rechte ansieht. Und diese Voraussetzung ist unerwiesen, ja ich erachte sie in Uebereinstimmung mit dem in meinem Kommentar (zu § 823 Nr. 7) Gesagten sogar für unwahrscheinlich. Als „widerrechtlich" im Sinne von § 823 wird man wohl jede Verletzung der fraglichen Rechte zu behandeln haben, die nicht durch einen besonderen Rechtsgrund gerechtfertigt wird.

Rein begriffliche Erörterungen, so werthvoll sie übrigens sein mögen, haben überhaupt für Fragen der hier behandelten Art nur einen sehr bedingten Wert und entbehren vor Allem leicht der überzeugenden Kraft. Daß man zu sehr aus ihnen heraus argumentirt hat — ich nehme von diesem Vorwurf auch meinen Kommentar nicht aus — dürfte einer Verständigung über das Thema meines Aufsatzes im Wege gestanden haben. Ich werde daher versuchen, meinen Standpunkt im Folgenden auf andere Weise zu stützen.

V.

An erster Stelle behaupte ich, daß die Einbeziehung der Forderungen unter die durch § 823 ¹ geschützten „Rechte" zu dem System des B.G.B. im Allgemeinen und seinem Schadensersatzrecht im Besonderen außerordentlich schlecht passen würde.

a) Es wird von den Motiven (II S. 2—3) mit großer Schärfe zum Ausdruck gebracht und ist in der gesammten bisherigen Literatur

meines Wissens nie bezweifelt worden, daß das neue Gesetzbuch mit dem landrechtlichen ius ad rem endgültig und vollständig gebrochen hat. Auch wer noch so wenig auf die Entstehungsgeschichte geben sollte, der wird doch gegenüber dem Wortlaut des § 241 —

„Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläuber berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern" —

sowie angesichts des Fehlens jedweden auf ein ius ad rem zu deutenden Hinweises seiner Geltung im neuen Recht nicht das Wort zu reden wagen. Schon die bisherige neuere Rechtsbildung — man denke nur an die Preußischen Grundbuchgesetze von 1872 — war dem „Recht zur Sache" abhold, und während der Abfassung des B.G.B. hat seine Beibehaltung, wenn auch von einzelnen Kritikern gefordert,[10] in den Kreisen der Kommissionen niemals auch nur zur Erwägung gestanden.[11] Mit Recht — denn jenes landrechtliche Gebilde, wie immer man es konstruiren mag, war eine Misch- oder vielmehr Mißbildung, die eine bedenkliche Verrückung der Grenzen zwischen Forderungs- und Sachenrecht mit sich brachte und über deren juristischen Feingehalt man sich bezeichnender Weise nie hat einig werden können.

Die Ansicht der Gegner aber würde den übeln Erfolg haben, daß das aus der Vorderthür so energisch herausgewiesene Recht zur Sache zur Hinterthür wieder gemächlich in den Bau des bürgerlichen Rechts hineinspazierte. Wenigstens in den weitaus meisten Fällen würden Recht zur Sache und Ersatzanspruch gegen den dritten Verletzer des Forderungsrechtes im Endergebniß einfach zusammentreffen. Das zeigt sich besonders klar in den Fällen, wo der Schuldner sich über das Bestehen des Schuldverhältnisses — es handelt sich etwa um eine Erbschaftsschuld — in entschuldbarer Unkenntniß befand. Alsdann hat er dies mit der Veräußerung der geschuldeten Species für ihn eintretende „Unvermögen zur Leistung" nach §§ 276, 275 nicht zu vertreten und wird daher von seiner Verpflichtung frei. Der Dritte, der in Kenntniß des Schuldverhältnisses das Schuldobjekt an sich gebracht hat, hat folgerecht im Sinne der Gegner das Schuldverhältniß „widerrechtlich verletzt", und zwar im Bewußtsein der Kausalität seines Thuns, d. h. vorsätzlich. Er haftet also nach ihrer Lehre auf Schadensersatz. Da dieser aber nach § 249 in Herstellung des Zustandes besteht, „der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre", so wird nach der

10) So namentlich Gierke, Der Entwurf und das Deutsche Recht, S. 189—90 und die dort No. 1 citirten.

11) Wenigstens geben die gedruckten Vorarbeiten für eine gegentheilige Annahme nicht den geringsten Anhalt.

gegnerischen Meinung nichts übrig bleiben, als ihn zur Herausgabe der Sache an den Kläger zu verurtheilen. Denn ohne das angebliche Delikt hätte dieser sie vom Schuldner bekommen, sei es gütlich, sei es mit Hülfe seines Rechtsanspruches.

Aber auch alsdann wäre nicht anders zu entscheiden, wenn der Schuldner in Kenntniß oder verschuldeter Unkenntniß seiner Pflicht das Schuldobjekt einem bösgläubigen Dritten überläßt. Freilich macht sich hier auch der Schuldner dem Gläubiger ersatzpflichtig, aber das kann der Zuständigkeit der Deliktsklage gegen den Dritten im Sinne der Gegner um so weniger Eintrag thun, als der Anspruch gegen den Schuldner dem Gläubiger vermuthlich nur das Geldäquivalent, nicht die Sache selbst, auf die er Anspruch hat, verschaffen würde.

b) Der Schadensersatzanspruch des obligatorisch Berechtigten paßt ferner nicht zu der bekannten Bestimmung des § 281:

„Erlangt der Schuldner in Folge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen."

Allerdings werden die Ansprüche, die der Schuldner gemäß dieses Surrogationsprinzipes dem Gläubiger abzutreten genöthigt ist, keineswegs immer eine deliktische Grundlage haben: es gehören vielmehr u. A. auch Ansprüche aus einem Versicherungsvertrage dahin. Aber im Einklang mit dem römischen Recht, dem er nachgebildet ist, soll der § 281 vorzugsweise dem Gläubiger die Deliktsansprüche des Schuldners gegen den dritten Verletzer verschaffen. S. Mot. S. 47: „Die Vorschrift wird vorzugsweise praktisch, wenn der Schuldner aus dem Delikte eines Dritten für den ihm von diesem entzogenen Gegenstand der Leistung Schadensersatz erhalten oder zu fordern hat."

Wozu aber, muß man fragen, bedürfte es noch des lästigen Umweges über die cessio actionis, wenn dem Gläubiger schon aus eigenem Rechte ein Anspruch gegen denjenigen zustände, der durch Einwirkung auf den Schuldgegenstand seine Forderung zu nichte gemacht hat?

c) Das obligatorische Vorkaufsrecht der §§ 504 fg. wird im Gesetzbuch von dem dinglichen, an grundbuchmäßige Eintragung gebundenen Rechte gleichen Namens (§§ 1094 fg.) in der denkbar schärfsten Weise geschieden. Jenes bindet nur den „Verpflichteten" und geht den „Dritten", wie aus fast allen Einzelheiten der Materie unzweideutig hervorgeht, im Verhältniß zum „Berechtigten" gar nichts an. Und doch müßte die Lehre der Gegner dem Dritten, der durch Erwerb der vor-

kaufsbelasteten Sache das Vorkaufsrecht schuldhaft „verletzt" hat, dem Berechtigten deliktisch haftbar erklären.

d) Das gewichtigste Argument aber ist aus der sonstigen Gestaltung des Rechts der unerlaubten Handlungen im B.G.B. zu entnehmen. Hier wird nämlich in zwei besonderen Fällen dem obligatorisch Berechtigten ein Ersatzanspruch gegen den dritten Verletzer gewährt:

α) Nach § 844 [2] hat der wegen Tödtung einer Person Ersatzpflichtige Demjenigen Ersatz zu leisten, der dem Getödeten gegenüber einen gesetzlichen Unterhaltsanspruch besaß, sofern „dem Dritten in Folge der Tödtung das Recht auf den Unterhalt entzogen ist."

β) Ein ähnlicher Ersatzanspruch steht nach dem — erst in der zweiten Lesung eingefügten — § 845 dem kraft Gesetzes Dienstberechtigten zu in den Fällen der Tödtung, körperlichen Verletzung oder Freiheitsentziehung des Dienstpflichtigen durch einen Dritten.

Daß es sich im Verhältniß des Unterhalts- und Dienstberechtigten gegenüber den pflichtigen Personen um obligatorische Rechte handelt, ist selbstverständlich und wird auch dadurch nicht in Frage gestellt, daß der Grund der Pflicht in der Regel in der familienrechtlichen Beziehung der Betheiligten liegt. Wird nun der Unterhalts- oder Dienstpflichtige getödtet, bezw. der letztere auch nur verletzt, so tritt dadurch, sei es eine Vernichtung, sei es zum Mindesten eine Beeinträchtigung der in Frage stehenden Rechte ein. Daß eine solche vorliege, wird in § 844 durch die oben gesperrt gedruckten Worte mit vollster Entschiedenheit ausgesprochen.

Indem die §§ 844—45 für diese Fälle dem Berechtigten einen Ersatzanspruch gegen den dritten Thäter besonders zusprechen, thun sie also nur etwas, was sich nach der gegnerischen Lehre auch ohnedies von selbst verstände. Und doch hat man, wie Entstehungsgeschichte und Wortlaut der beiden Paragraphen deutlich kundgeben, damit durchaus ein über die allgemeinen Haftungsprinzipien hinausgehendes Sonderrecht statuiren wollen. Und weiter: indem dieser singuläre Rechtsschutz nur den kraft Gesetzes unterhalts- bezw. dienstberechtigten Personen zugebilligt wird, so folgt daraus mittelst eines unmöglich abzuweisenden argumentum a contrario, daß er zugleich den nur kraft Vertrages in dieser Weise Berechtigten hat abgesprochen werden sollen. Damit aber eröffnet sich für die Gegner das doch geradezu widersinnige Ergebniß, daß ein Rechtssatz, der zur Erweiterung der Schadensersatzansprüche gegeben ist, dem Endeffekt nach nur zu ihrer Abschwächung dient: ein Ergebniß, das bekannten Auslegungsgrundsätzen einfach ins Gesicht schlägt!

VI.

Doch den besten Prüfstein für die Richtigkeit einer Behauptung müssen immer die, sei es angemessenen, sei es unangemessenen praktischen Ergebnisse bilden, zu denen sie führt. Der Satz „an ihren Früchten sollt Ihr sie erkennen", gilt auch in unserer Wissenschaft. Wäre die Konsequenz meiner Lehre wirklich eine Schutzlosigkeit berechtigter Interessen, so würde man trotz alles bisher Gesagten gar leicht an ihr irre werden. Doch ich glaube, daß dieselbe auch vom praktischen Standpunkt aus nicht nur bestehen kann, sondern sogar neue Vorzüge vor derjenigen der Gegner aufweisen wird.

a) Zunächst ergiebt die hier vertretene Anschauung keine Schutzlosigkeit der Gläubigerinteressen gegenüber dem dritten Schädiger überhaupt. Nur die Anwendbarkeit der allgemeinen Ersatzklage aus § 823 Abs. 1 wird geleugnet. Damit ist vereinbar, daß das Gläubigerinteresse auf andere Weise Schutz finde:

α) Für einen großen Theil der Fälle wird der § 281 hinreichenden Ersatz bieten. Einmal dann, wenn der Dritte das Gläubigerinteresse durch schuldhafte Vernichtung oder Beschädigung des Schuldobjektes beeinträchtigt hat. Aber nicht nur in solchen Fällen. Ich sehe keinen Grund ein, das Recht auf Abtretung des Entschädigungsanspruches da überall auszuschließen, wo letzterer auf eingetretener Verminderung oder Entziehung der persönlichen Arbeitskraft beruht. Wird mein Dienstbote, Arbeiter, Gärtner oder sonstiger Angestellter von einem Dritten schuldhaft körperlich verletzt oder der Freiheit beraubt und ihm dadurch die Leistung der mir geschuldeten Dienste unmöglich gemacht, so kann man den entstandenen Ersatzanspruch ohne Zwang als Aequivalent für die geschmälerte Arbeitskraft, diese aber als den dem Dienstherrn „geschuldeten Gegenstand" auffassen.

Dem obligatorisch Berechtigten wird somit in vielen Fällen durch § 281 geholfen. Allerdings auf einem Umwege. Aber auf einem in der Mehrzahl der Fälle höchst bequem zu beschreitenden. Und der verbleibende Rest von Umständlichkeit wird, wie unten zu zeigen, durch die mit dieser Regelung allein mögliche Vermeidung sonstiger Unzuträglichkeiten reichlich aufgewogen.

β) Daß nach den §§ 844—45 gewissen obligatorisch Berechtigten ein direkter Anspruch gegen den dritten Verletzer geboten wird, ist schon oben festgestellt. Eine nähere Auslegung der Bestimmungen ist hier nicht nothwendig; sie entsprechen im Großen und Ganzen der bisherigen Praxis des Gemeinen Rechts, dessen Pfaden das Bürgerliche Gesetzbuch, wenn

anders meine Ausführungen das Richtige treffen, in der uns beschäftigenden Frage fast durchgängig gefolgt ist.

γ) Nicht allzu oft vielleicht, aber doch bisweilen mag der Absatz 2 des § 823 Gelegenheit bieten, das Gläubigerinteresse mit einem direkten Anspruch gegen den dritten Verletzer zu versehen. Verlangt doch diese in mancher Beziehung (s. darüber meinen Kommentar zu § 823 Nr. 4 und die dort Citirten) räthselhafte Bestimmung keine Verletzung eines subjektiven Rechts, sondern nur einen schädigenden „Verstoß gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz". Daß zu derlei Gesetzen auch eine große Anzahl von Bestimmungen des Reichsstrafgesetzbuches zählen, ist so gut wie allseitig anerkannt, insbesondere die gegen Betrug, Urkundenfälschung, Drohung, Erpressung, Nöthigung gerichteten. Sobald also Jemand durch eine von diesen Strafthaten, oder durch eine andere, verwandte, ein fremdes Forderungsrecht vernichtet oder beeinträchtigt, macht er sich dem geschädigten Gläubiger nach § 823² ersatzpflichtig; z. B. Jemand bringt einen Anderen durch Betrug oder Drohung dahin, daß dieser einem Dritten seine Forderung gegen ihn erläßt. Das ist besonders wichtig für den Fall des Betruges, weil dieser nach § 123 gegenüber dem gutgläubigen Geschäftsgenossen („der die Täuschung weder kannte noch kennen mußte") kein Anfechtungsrecht der abgegebenen Erklärung begründet.

Nach § 823² wird ferner auch eine Ersatzpflicht denjenigen treffen, der die Durchführbarkeit eines obligatorischen Rechtes durch Vernichtung oder Fälschung von Beweisdokumenten oder anderen Urkunden beeinträchtigt, mögen dieselben auch im Eigenthum eines Andern, als des Gläubigers, gestanden haben. Damit werden Endemanns Bedenken wohl gegenstandslos.

δ) Wichtiger noch ist in dieser Richtung der vielberufene § 826:

„Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einen Anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem Anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet."

Mit der ihm auch sonst verwandten römischen actio doli hat der Anspruch aus § 826 das gemein, daß er keine Rechtsverletzung voraussetzt, sondern selbst objektiv erlaubte Handlungen, mögen es sogar Ausübungen besonderer Rechte sein, einzig und allein wegen des dabei obwaltenden unsauberen Motivs unter Ersatzpflicht stellt. Daß aber unter den, nach § 826 allgemein zu ersetzenden, „Schaden" nicht nur die Verletzung bestimmter Rechte, sondern die ungünstige Verschiebung der Vermögensgestaltung überhaupt, also auch die Verletzung eines lediglichen Gläubigerinteresses, falle, ist zweifellos, s. dazu das oben unter

Nr. II wegen der actio doli Gesagte und die dort citirten römischen Stellen. Alle Bedenken, die ich gegen einen Anspruch des obligatorisch Berechtigten aus § 823 [1] erhoben habe, fallen hier ohne Weiteres fort. Allerdings ist nach § 826 subjektiv ein besonders qualificirter Thatbestand erfordert: Der Thäter muß den Schaden vorsätzlich, also im Bewußtsein der schädigenden Bedeutung seines Thuns, zugefügt haben.

Ist aber diese Bedingung erfüllt, so wird nach § 826 selbst wohl ein Fall unter Ersatzpflicht gestellt werden können, wie der, wenn Jemand „in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise“ den einem Dritten geschuldeten Gegenstand vernichtet oder an sich bringt, um dadurch den Dritten seines Anspruches zu berauben. In den krassesten, unser Rechtsgefühl beleidigenden Fällen, für die einstens das alte ius ad rem Abhülfe schuf, kann also auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ein befriedigendes Ergebniß herbeigeführt werden.

ε) Endlich ist noch auf Folgendes aufmerksam zu machen. Angesichts der Erweiterung des Besitzbegriffes im neuen Recht wird eine sehr große Zahl von obligatorisch Berechtigten zu Besitzern erhoben. Nämlich alle diejenigen, welche, ohne ein dingliches Recht, eine (fremde) Sache besitzen, „als Pächter, Miether, Verwahrer oder zu einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen sie einem Anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt sind“, § 868.

Daß der ganzen Schar dieser unmittelbaren Besitzer der Schadensersatzanspruch aus § 823 [1] zustehe, kann für denjenigen keinem Zweifel unterliegen, der im Besitze nach B.G.B. ein subjectives Recht anerkannt findet. Denn es ist klar, daß der Besitz, wenn überhaupt ein Recht, ein absolutes, die Verletzung durch Jedermann verbietendes, darstellt. [12])

Aber auch wer, was ich für richtiger erachte, den Rechtscharakter des Besitzes leugnet, wird dadurch zu keiner anderen Entscheidung gedrängt. Denn zum mindesten ist der Besitz im Sinne des B.G.B. eine rechtliche Position, die gegen die Beeinträchtigung durch jeden Dritten geschützt wird, und deren Verletzung das Gesetz ausdrücklich als „widerrechtlich“ erklärt, § 858. Das dürfte aber zur Zubilligung des Schutzes aus § 823 [1] zureichen. So auch v. Liszt a. a. O. S. 21, Fischer-

12) Daß die Besitzklagen nur gegen den Störer und Entzieher, nicht gegen die dritten gutgläubigen Erwerber des Besitzers gehen, spricht nicht dagegen — sie haben eben keinen bestehenden Besitz verletzt, sind vielmehr selbst fehlerlos in den Besitz gekommen, § 858. Das widerspricht der absoluten Wirkung des noch bestehenden Besitzes ebensowenig, wie die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbes nach § 932 dem absoluten Charakter des Eigenthums.

Henle zu § 861 No. 6, Linckelmann, Archiv für bürgerl. Recht Bd. 13 S. 88.

Ist das richtig, so findet sich nicht nur der in Rom singuläre Schutz des Pächters bei Beeinträchtigung in der Fruchtziehung im neuen Recht reproducirt, sondern ein entsprechender Schutz wird fortan im Gegensatz zu den Grundsätzen der aquilischen Klage auch dem Miether und Entleiher zu Theil.

Nimmt man das zu $\alpha - \varepsilon$ Gesagte in seiner Gesammtwirkung, so werden nur wenige Fälle noch in Frage kommen, für die sich nicht nach dem B.G.B. ein ausreichender Schutz verletzter Gläubigerinteressen nachweisen ließe. Uebrig blieben etwa noch die Fälle, wo Jemand durch eine körperliche Einwirkung auf den Gläubiger dessen obligatorische Rechte beeinträchtigt hat, z. B. ihn etwa durch Körperverletzung oder Freiheitsentziehung hindert, eine ihm geschuldete Leistung eines Dritten entgegenzunehmen. Aber da bei derartiger Sachlage wohl ausnahmslos eine Verletzung der in § 823 aufgeführten Lebensgüter vorhanden sein wird, unterliegen sie aus einem anderen Gesichtspunkt bereits einer Ersatzpflicht, und nichts dürfte im Wege stehen, bei der Abschätzung des zu erstattenden Schadens auch Nachtheile, wie die angedeuteten, in Rechnung zu ziehen, s. auch § 842.

b) Aber unsere Lehre ist nicht nur keinerlei ernsthaften praktischen Bedenken ausgesetzt, sondern hält sich auch frei von den mancherlei Unzuträglichkeiten, zu denen eine gegentheilige Auffassung des § 823 nothwendig führt.

Würde nämlich unter den in § 823 [1] geschützten „Rechten" auch das Forderungsrecht zu verstehen sein, so setzte man den Schädiger einer Ersatzpflicht aus, deren Umfang nicht nur, sondern deren Existenz selbst ihm in den weitaus meisten Fällen ganz unerkennbar gewesen sein muß. Bei Körperverletzungen, Sachbeschädigungen u. s. w. läßt sich die mögliche Tragweite des Thuns wenigstens in ihrer ungefähren Bedeutung einigermaßen übersehen; aber wie soll der Verletzer oder Tödter eines Menschen es diesem anmerken, ob er einem Dritten zu einer an seine Lebensdauer gebundenen Leistung verpflichtet, ob und wie hoch er bei einer Lebensversicherungsgesellschaft versichert war, die nun die Versicherungssumme auszahlen muß und ihrerseits des Rechts auf den weiteren Prämienbezug verlustig geht?

Allerdings könnte man annehmen, daß nach der allgemeinen Meinung der Verstoß gegen § 823 [1] nur verantwortlich mache, wenn die Rechtsverletzung als Folge des Thuns für den Thäter voraussehbar gewesen

war, so daß er in den gedachten Fällen dem obligatorisch Berechtigten wegen mangelnden Verschuldens nicht ersatzpflichtig sei.

Aber dieses Argument — gefährlich zudem für die Gegner selbst, indem sie damit ihren Schützlingen mit der andern Hand zu nehmen drohen, was sie ihnen soeben mit der einen gegeben haben — trifft keineswegs alle Fälle. Bei dem heutigen Aufschwunge des Versicherungswesens kann die Sache sehr wohl so liegen, daß der Verletzer bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit der Möglichkeit rechnen mußte, daß der Verletzte gegen Tod oder Unfall versichert sei. Und dann wäre eine die Haftung begründende Fahrlässigkeit gegeben.

Aber selbst in dieser Beschränkung erregt die Statthaftigkeit jenes Einwandes Bedenken. Denn wenn überhaupt, kann man ein Forderungsrecht in der Regel nur mittelbar verletzen, durch unmittelbare Verletzung einer der dabei in Betracht kommenden Personen oder des Schuldobjektes. Wer nun geneigt ist, überhaupt eine solche mittelbare Verletzung als zureichend für eine Ersatzpflicht zu erklären, der kann sehr leicht auch dahin kommen, das Verschulden nur für die Verletzung des unmittelbar betroffenen Rechtsgutes zu erfordern. Braucht „nur die Rechtsverletzung als Folge des Thuns, nicht auch die Tragweite dieser Folge voraussehbar gewesen zu sein“ (s. meinen Kommentar zu § 823 Nr. 3b; v. Liszt a. a. O. S. 28, 60), so ist nicht abzusehen, wieso man, den hier bekämpften grundsätzlichen Standpunkt einmal zugegeben, eine Voraussehbarkeit des mittelbar verletzten Gläubigerinteresses aufrechterhalten kann. Daher nehmen denn auch die Vertreter eines direkten Ersatzanspruches der Versicherungsanstalten gegen den Tödter oder Verletzer, vor allem Hiestand,[13] von dieser Voraussehbarkeit der mittelbaren Folgen des Thuns mit gutem Grunde Abstand.

Ist das aber richtig, so führt die gegnerische Lehre zu einer geradezu unerhörten Belastung des Thäters. Eine solche mag erträglich sein, wenn er die Tödtung oder Verletzung vorsätzlich vollzog, obwohl er doch selbst dann zwar nicht auf eine sentimental schlaffe, aber immerhin auf eine gerechte Behandlung Anspruch hat. Aber einfach unerträglich ist sie in den praktisch weit häufigeren Fällen, wo die Verletzung oder Tödtung auf einer bloßen, groben oder gar geringen Fahrlässigkeit beruhte. Wird beim Zusammenstoß zweier Fuhrwerke ein mehr oder minder vornehmer Nichtsthuer tödtlich verletzt, der sein kostbares Leben zufällig mit Hunderttausenden versichert hatte, so soll der unglückliche

13) Dr. P. Hiestand, Der Schadensersatzanspruch des Versicherers gegen den Urheber der Körperverletzung oder Tödtung des Versicherten, 1896, S. 29 ff.

Kutscher dafür in vollem Umfange verantwortlich sein? Ebenso der Sonntagsjäger, der seinen gleichfalls unverhältnißmäßig hoch versicherten Jagdgenossen aus purer Ungeschicklichkeit trifft?

So gerecht es ist, in solchen Fällen den fahrlässigen Thäter auf Ersatz wegen des unmittelbar vernichteten Rechtsgutes vollauf haften zu lassen, so ungerecht erscheint mir die Belastung desselben mit der Haftung für solche mittelbare und rein accidentelle Folgen seines Thuns. Mit gesundem Takt hat das die Deutsche Praxis von jeher für den im Leben bedeutsamsten Fall, den der Versicherungsgesellschaft, herausgefunden und ihr selbst da einen Schadensersatzanspruch aus eigenem Rechte versagt,[14] wo die Rechtsordnung allgemein die Schädigung, nicht nur die Verletzung specieller Rechte, als Grund der deliktischen Ersatzpflicht anerkannt hat. Aber die Gründe waren für eine Rechtsordnung, die grundsätzlich einen allgemeinen Ersatzanspruch des persönlich Berechtigten anerkennt, nicht leicht zu gewinnen und manchen Ausstellungen ausgesetzt. Erst der hier vertretene Standpunkt macht das wünschenswerthe Ergebniß unanfechtbar.

Der Einwurf, daß auch unsere Lehre der Versicherungsgesellschaft und anderen mittelbar Beschädigten einen Ersatzanspruch gegen den Thäter gewähre, nur auf dem Umwege einer cessio actionis nach § 281 (oder auch schon gemäß den Normen des Versicherungsvertrages!), wäre ganz verfehlt. Denn um übertragen werden zu können, muß der Anspruch zunächst vorhanden sein; vorhanden ist er aber beim unmittelbar Beschuldigten bezw. seinen Erben nur so weit, als ihr eigenes Interesse, nicht das davon begrifflich verschiedene und es thatsächlich vielleicht um das Vielfache übersteigende Interesse des mittelbar Geschädigten durch die That verletzt ist.

Dadurch wird unser Gerechtigkeitsgefühl in der großen Mehrzahl der Fälle durchaus befriedigt, mehr jedenfalls, als wenn wir den Thäter einer ungemessenen Haftung für ihm ganz unerkennbare Reflexwirkungen seines Thuns aufbürdeten. Nur in den Fällen ist es anders, wenn er vorsätzlich, in vollem Bewußtsein dieser Wirkungen, gehandelt hat: aber alsdann wird er regelmäßig auch nach unserer Lehre auf Grund von § 826 dem Drittbeschädigten verantwortlich sein.

---

14) Siehe auch das Gutachten von Baron in der Zeitschr. des Bernischen Juristenvereins, 1892, Heft 3, sowie meinen Aufsatz über compensatio lucri cum damno, in Gellers Oesterreich. Centralblatt Bd. 15 Nr. 9, Sep.-Abdr. S. 22 ff.; Lehmann-Stobbe III S. 523 No. 17.

Johannes Burchard.

Theil-Schuldverschreibungen mit Realsicherheit.

Der Hauptvertreter der Kreationstheorie, Kuntze, spricht sich in der Einleitung zum Wechselrecht in Endemanns Handbuch S. 72 dahin aus: „Das vollzogene Papier (Dispositions- und Einlösungspapier, die Skripturobligation) ist schon in der Hand des Ausstellers eine geschlossene, vorhandene, feste Werthgröße und als solche fähig, jeden Augenblick wirksam, d. h. Quelle eines Forderungsrechts zu werden. Es bedarf dazu keines weiteren Umstands, als daß diejenige Sachlage eintritt, aus welcher sich ein dem Schuldner gegenübertretender Gläubiger ergiebt. So lange das Papier in der Hand des Ausstellers ist, fehlt diese Zweiheit der Personen, der Aussteller kann nicht zugleich Gläubiger und Schuldner sein. Auch der Verlust des Papiers ändert noch nichts, sondern das Gelangen des Papiers in die Hand des Dritten, welcher Gläubiger zu sein fähig und Willens ist. Bis dahin ist das nomen konzipirt und vorbereitet, aber noch nicht existent. So lange der Aussteller den Wechsel noch besitzt, hat er es in seiner Macht, ihn zurückzuhalten und bez. wieder zu vernichten; Abhandenkommen erschwert ihm die Verfügung darüber und die Vereitelung seines Laufs; aber sobald der Wechsel durch Besitznahme Seiten des Remittenten seinen Verkehrslauf begonnen hat, wird seine Kraft wirksam."

Es soll der alte Streit über die Berechtigung der Kreationstheorie, die auch von Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts, Bd. 2 4. Aufl. S. 27, vertreten wird, hier nicht von Neuem begonnen werden. Mit dem ihm vielfach nachgerühmten gesunden Verständniß für die Bedürfnisse des Verkehrs spricht Dernburg a. a. O. aus: „Die Praxis wird nicht zweifeln, daß die in dem Papier beurkundete Obligation auch zur Geltung kommt, wenn die Papiere dem Aussteller veruntreut wurden und in die Hand eines bona fide Erwerbers kommen."

Verfasser dieses Beitrages hatte im Jahre 1895 Veranlassung, der Frage nach der Bedeutung der Kreation näher zu treten, und zwar gelegentlich der Erstattung eines Gutachtens in einem derzeit bei dem hanseatischen Oberlandesgericht anhängigen Rechtsstreit. Verfasser hatte damals die Freude, den Beifall Dernburgs zu finden, der ihm erklärte,

er habe sich immer gedacht, es müsse hinter der Lehre von der Kreation noch mehr stecken, als die Frage, ob der Aussteller auch bei Abhandenkommen der Urkunde zu haften habe.

Es sei dem Verfasser gestattet, die weitergehende Bedeutung des Kreations-Gedankens zunächst an der Hand des thatsächlichen Falls zu entwickeln.

Die Aktiengesellschaft X war in Geldverlegenheit. Sie wünschte, gegen Ausgabe von auf den Inhaber lautenden Theilschuldverschreibungen zu je M. 1000 im Ganzen M. 400 000 Betriebskapital sich zu verschaffen. Die Sicherheit, die sie den Geldgebern bieten konnte, lag in ihrem Betriebe selbst, einer auf Hamburgischem Staatsgrunde auf Grund langjährigen, gegebenenfalls übertragbaren Miethvertrages betriebenen Schiffswerft, Maschinenfabrik und Eisengießerei mit allem, was an Baulichkeiten, Maschinen, Inventar, Rohmaterialien und im Bau befindlichen Arbeiten dazu gehörte. Die Aktiengesellschaft X bestellte nun in der Person eines Unbetheiligten einen Treuhänder, dem sie alsdann sämmtliche ihr zustehenden Rechte übertrug. Die den Theilschuldverschreibungen aufgedruckten Bedingungen besagten, daß der Treuhänder alle Rechte sich lediglich in dieser Eigenschaft habe übertragen lassen und sich gegen alle zukünftigen Inhaber der Theilschuldverschreibungen verpflichte, solche Rechte lediglich in deren Interesse zu halten und in Gemäßheit des von ihm mit der Aktiengesellschaft X abgeschlossenen, ebenfalls in den Bedingungen näher angegebenen Vertrages auszuüben. Die Theilschuldverschreibungen trugen dann noch eine von dem Treuhänder abgegebene bezügliche Erklärung, deren Namensunterschrift im Wege der mechanischen Vervielfältigung hergestellt war.

Als nach einiger Zeit über das Vermögen der Aktiengesellschaft X das Konkursverfahren eröffnet war, stellte sich heraus, daß von den insgesammt M. 400 000 Theilschuldverschreibungen nur M. 50 000 auf Grund der Anleihebedingungen begeben waren, daß M. 250 000 sich in Händen dritter Personen befanden, denen sie für Forderungen an die Aktiengesellschaft von dieser verpfändet waren, und daß endlich der Rest von M. 100 000 noch zur Verfügung und im Besitz der Aktiengesellschaft verblieben und in Folge der Konkurseröffnung in die Hände des Konkursverwalters gelangt war. Die als Sicherheit für die Inhaber der Theilschuldverschreibungen dem Treuhänder überwiesenen Werthe brachten nur einen Erlös von M. 80 000, und nunmehr entstand die Frage, in welcher Weise diese M. 80 000 zur Vertheilung zu bringen seien. Sie ging dahin: haben diejenigen Personen, die im Gesammtnennbetrage von M. 50 000 auf Grund der Anleihebedingungen Theilschuld-

verschreibungen erworben haben, ein ausschließliches Recht darauf, aus diesen M. 80 000 für ihre Forderungen: Kapital, Zinsen und Kosten Befriedigung zu erlangen, so daß nur der verbleibende Restbetrag für die Pfandgläubiger, die im Gesammtnennbetrag von M. 250 000 Theilschuldverschreibungen zu Pfand genommen hatten, frei wird, oder haben sich die Pfandgläubiger mit dem Konkursverwalter in den verbleibenden Betrag nach Verhältniß von M. 250 000 zu M. 100 000 zu theilen, oder wird der ganze Erlös von M. 80 000 im Verhältniß der gesammten M. 400 000 zur Vertheilung gebracht, oder nur getheilt zwischen den M. 50 000 und den M. 250 000? Bezeichnet man die M. 50 000 als Klasse A, die M. 250 000 als Klasse B, die M. 100 000 als Klasse C, so ergeben sich als Möglichkeit folgende verschiedene Ergebnisse unter Nichtberücksichtigung der Nebenforderungen.

1. Klasse A erhält aus den M. 80 000 die M. 50 000, der Rest, M. 30 000, fällt an Klasse B; Klasse A wird voll befriedigt, Klasse B erhält $\frac{30\,000}{250\,000} = 12\,\%$ der Forderungsbeträge, Klasse C, d. h. die Konkursmasse oder sämmtliche Gläubiger, die nicht Theilschuldverschreibungen zu Pfand genommen haben, geht leer aus.

2. Klasse A erhält wiederum die M. 50 000, Klasse B und C theilen sich in den Rest, M. 30 000; folglich erhält Klasse B $\frac{30\,000 \cdot 250\,000}{350\,000}$ $= 21\,428^4/_7$ M.; Klasse C $\frac{30\,000 \cdot 100\,000}{350\,000} = 8571^3/_7$ M., also je $8{,}571^3/_7\,\%$. Klasse B würde dann ihren Ausfall von $91{,}428^4/_7\,\%$ als Konkursgläubigerin geltend machen können und je nach der sonstigen Aktiv- und Passiv-Masse noch weitere Zahlung, auch aus den auf Klasse C, d. h. die Gesamtheit der nicht absonderungsberechtigten Konkursgläubiger entfallenden M. $8571^3/_7$ erhalten.

3. Klasse A und Klasse B theilen sich zu entsprechenden Theilen in die M. 80 000. Dann erhält Klasse A $\frac{80\,000 \cdot 50\,000}{300\,000} = 13\,333^1/_3$, Klasse B $\frac{80\,000 \cdot 250\,000}{30\,0000} = 66\,666^2/_3$; oder sowohl Klasse A wie Klasse B je $26^2/_3\,\%$, die Klasse C, d. h. die Gesammtheit der nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger nimmt nicht an dem Erlös Theil, Klasse A und B aber können ihren Ausfall zur Konkursmasse anmelden.

4. Klasse A, Klasse B und Klasse C theilen sich zu entsprechenden Theilen. Dann erhält Klasse A $\frac{80\,000 \cdot 50\,000}{400\,000} = 10\,000$; Klasse B

$\frac{80000 \cdot 250000}{400000} = 50000$, Klasse C $\frac{80000 \cdot 100000}{400000} = 20000$; die sämmtlichen Klassen erhalten je 20 %; aber an den auf Klasse C entfallenden 20000 M. nehmen Klasse A und Klasse B zur Höhe des Ausfalls mit den nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern Theil.

Der Rechtsstreit, der von dem Treuhänder als solchem angestrengt wurde, drehte sich nur darum, ob der Konkursverwalter zu Recht beanspruche, daß an dem Erlös von M. 80000 auch die Konkursmasse zur Höhe der in Händen des Konkursverwalters befindlichen M. 100000 theilnehme; er ist derzeit zu Ungunsten des Konkursverwalters vom Landgericht Hamburg und Hanseatischen Oberlandesgericht entschieden. Die Frage, ob seitens der Aktiengesellschaft X eine wirksame Pfandbestellung an den Theilschuldverschreibungen stattfinden konnte, ob also neben der Klasse A auch die Klasse B ein Recht an dem Erlös hatte, ist unentschieden geblieben.

Die Rechtsfrage wurde im Urtheil dahin gestellt: Kann der Aussteller eines Inhaberpapiers, das im Besitz des Ausstellers geblieben ist, oder das er nach erfolgter Begebung wieder erworben hat, auf Grund der Thatsache der Innehabung der betreffenden skripturmäßigen Obligation Forderungsrechte aus der Obligation dahin geltend machen, daß eine zur Sicherung solcher Forderungsrechte dem Inhaber der Obligation zugesagte und bestellte Sicherheit auch dem Aussteller der Obligation verhältnißmäßig zu Gute kommt? Sie wurde vom Oberlandesgericht mit der Begründung verneint: So lange sich das Inhaberpapier im Besitze des Ausstellers befinde, gewähre es dem Aussteller als dem Schuldner aus der Obligation keine selbständigen aus dem Inhaberpapier abzuleitenden Rechte; ebensolange sei ein Gläubiger überhaupt nicht vorhanden; unter der Voraussetzung, daß der Verpflichtungswille des Ausstellers während der Dauer der Innehabung des Papiers fortbestehe, ruhe so lange das Obligationsverhältniß; erst durch eine Aufgabe der Innehabung des Papieres durch Uebertragung des Besitzes an dem Papiere gelange es wieder zu rechtlicher Wirksamkeit; ebenso verhalte es sich mit den nach erfolgter Begebung wieder in den Besitz des Ausstellers gelangten Obligationen. Weiter wird dann angenommen, daß soweit das Forderungsrecht aus den Obligationen ruhe, folgeweise auch eine für solches Forderungsrecht bestellte Sicherheit von dem Obligationsinhaber nicht in Anspruch genommen werden könne.

Meines Ermessens ist die Fragestellung nicht richtig. Nicht darauf kommt es an, ob der Aussteller einer Inhaber-Schuldverschreibung Forderungsrechte geltend machen kann, sondern ob sie für ihn einen Ver-

mögenswerth darstellt. Dies ist allerdings zu verneinen, wenn es sich um eine einfache Inhaber-Schuldverschreibung handelt, dagegen zu bejahen, wenn dem Inhaber als solchem bestimmte Werthe als Sicherheit bestellt sind. Zur näheren Klarstellung bedarf es eines Eingehens auf das Begebungsgeschäft bei einer Mehrheit von Theilschuldverschreibungen mit Zusicherung der Theilnahme an einer gemeinsam bestellten Sicherheit — kurz „Theilschuldverschreibungen mit Realsicherheit" genannt. Die den Theilschuldverschreibungen beigefügten Anleihebedingungen stellen sich als Vertragsbedingungen dar, die von dem Erwerber der Theilschuldverschreibungen als solche angenommen werden und demnach auch nach dem Willen der Vertragschließenden beurtheilt und ausgelegt werden müssen. Der Aussteller erklärt zunächst dem ersten oder dem späteren Erwerber, der sich durch Innehabung legitimirt, zur Höhe des Nennbetrages der Schuldverschreibung dessen Schuldner werden zu wollen. Dadurch wird dem Erwerber für den Fall der Nicht-Leistung des Versprochenen nur das allgemeine Recht, aus dem Vermögen des Ausstellers Befriedigung zu suchen, insbesondere im Konkurse das Recht eines Konkursgläubigers gewährt; er kann im Konkurse nur auf die bei schließlicher Feststellung des Vertheilungsplanes auf seine Forderung entfallende Dividende rechnen. Bei diesem eventuellen Konkursanspruch ist es gleichgültig, wie viele der in den Anleihebedingungen als demnächst auszugeben aufgeführten Theilschuldverschreibungen thatsächlich zur Ausgabe gelangen, ob der Aussteller noch weitere Anleihen aufnimmt oder sonst Verbindlichkeiten eingeht. Denn wenn auch dadurch die Höhe der Konkursdividende beeinflußt werden kann, so hat doch der Aussteller des Rechtes freier Verfügung über sein Vermögen sich nicht begeben, und dem Inhaber der Theilschuldverschreibung steht trotz seines vielleicht erheblichen wirthschaftlichen Interesses doch kein einen rechtlichen Anspruch begründendes rechtliches Interesse zur Seite, auf Grund dessen er in die Verfügungen des Ausstellers eingreifen kann.

Ganz anders aber ist vom rechtlichen und wirthschaftlichen Standpunkte aus die in den Theilschuldverschreibungen mit Realsicherheit enthaltene weitere Erklärung zu verstehen, in der dem Inhaber die Antheilnahme an den als Realsicherheit bestellten Vermögensstücken zugesichert wird. Durch diese entzieht der Aussteller seinen sonstigen gegenwärtigen und zukünftigen Gläubigern bestimmte zu ihrer Befriedigung geeignete Vermögensgegenstände und vermindert für die Gläubiger so die Aussichten auf eine ohne solche Aussonderung voraussichtlich höhere Konkursdividende. Wenn nun der Aussteller erklärt, er wolle den Erwerbern oder Inhabern der Theilschuldverschreibungen insgesammt an den als Realsicherheit

dienenden Vermögensstücken Sicherheit bestellen, so kann, da, von dem möglicherweise verschiedenen Nennwerth der Schuldverschreibungen abgesehen, jeder einzelne Erwerber oder Inhaber einer Theilschuldverschreibung das gleiche Recht wie jeder andere Erwerber oder Inhaber erhalten und haben soll, die Absicht des Ausstellers nur dahin gehen, daß auf jede Theilschuldverschreibung ein ihrem Nennwerth entsprechender Bruchtheil an den Sicherheiten entfallen soll, nicht dagegen, daß die bei Abgabe der Erklärung noch völlig unbestimmbare Thatsache entscheiden soll, wie viele von den nach Inhalt den Anleihebedingungen in Aussicht genommenen Theilschuldverschreibungen begeben werden. Nur die angegebene Absicht des Ausstellers kann der Erwerber der Theilschuldverschreibung annehmen; er prüft — wenigstens darf man dies als der Natur der Sache entsprechend voraussetzen — neben der allgemeinen Kreditwürdigkeit des Ausstellers, wie viel die ihm angebotenen Sicherheiten werth sind, d. h. nicht im Ganzen, — denn das interessirt den Erwerber einer oder mehrerer Theilschuldverschreibungen nicht, sondern für ihn, und da ihm aus den Bedingungen ersichtlich ist, daß neben ihm auch noch die Erwerber sämmtlicher übrigen Theilschuldverschreibungen an den Sicherheiten gleichmäßig theilnehmen sollen, so ist für ihn die Frage entscheidend, welchen Werth der auf ihn entfallende Antheil an den Sicherheiten hat. Diesen Antheil will er beim Erwerb der Theilschuldverschreibung zugleich mit dem durch die Theilschuldverschreibung verbrieften Anspruch auf den Nennbetrag derselben erwerben. Es kann ihm verständiger Weise gar nicht der Gedanke kommen, daß er z. B. als Erwerber der zuerst ausgegebenen Theilschuldverschreibungen ein ausschließliches Recht an den bestellten Realsicherheiten erlangt und nun bei jeder weiteren Veräußerung von Theilschuldverschreibungen durch den Aussteller den weiteren Erwerbern einen Antheil an den ihm bestellten Realsicherheiten nach Inhalt der Anleihebedingungen abzutreten hat. So entspricht dem Verpflichtungswillen des Ausstellers der Gläubigerwille des Erwerbers der Theilschuldverschreibung.

Daraus ergiebt sich mit zwingender Nothwendigkeit, daß, sofern der Aussteller nur einen Theil der in den Anleihebedingungen vorgesehenen Theilschuldverschreibungen in den Verkehr bringt und einen Theil freiwillig oder wegen Mangel an geeigneten Angeboten zurückbehält, nur die den in den Verkehr gebrachten Theilschuldverschreibungen entsprechenden Antheile an den Realsicherheiten aus seinem Vermögen ausscheiden, die auf die in seinem Besitz befindlichen Theilschuldverschreibungen entfallenden Antheile an den Realsicherheiten Theile seines Vermögens verbleiben. Nicht also weil der Aussteller als Besitzer zugleich Gläubiger

ist, steht ihm der Antheil an der Realsicherheit zu, sondern weil ihm, solange er noch Besitzer ist, mit den Erwerbern der bereits ausgegebenen Theilschuldverschreibungen gemeinschaftlich nach Bruchtheilen ein Recht an den bestellten Realsicherheiten zusteht. Das Recht des Ausstellers ist demnach kein Pfandrecht an eigener Sache, sondern ein an einer zu Zwecken der gemeinschaftlichen Sicherheitsbestellung für alle Erwerber ausgeschiedenen Vermögensmasse bis zur Veräußerung bei dem Aussteller verbliebenes Antheilsrecht.

Hieraus ergiebt sich für den Aussteller auch die Möglichkeit, nicht nur die Theilschuldverschreibungen auf den Erwerber zu Eigenthum zu übertragen, sondern auch an solchen Theilschuldverschreibungen mit Realsicherheit ein Pfand zu bestellen. Die Wirkung solcher Pfandbestellung ist, daß zwar der bisherige persönliche Anspruch des Gläubigers durch die Pfandbestellung nicht berührt wird, aber zur Höhe des Nennwerths der ihm als Pfand übergebenen Theilschuldverschreibungen erwirbt der Pfandgläubiger den Anspruch, bis zur Höhe seiner Forderung an den für die Gesammtheit der Erwerber und Inhaber der Theilschuldverschreibungen bestellten Realsicherheiten Theil zu nehmen; sofern er aus dem Erlös mehr als den Betrag seiner Forderung erhalten sollte, ist er verpflichtet, den Ueberschuß an den Aussteller als Verpfänder auszukehren. Wollte man davon ausgehen, daß die Theilschuldverschreibung in der Hand des Ausstellers ein Forderungsrecht nicht erzeugen kann, so müßte man weiter schließen, daß der Aussteller auch nicht rechtswirksam ein Pfand an der in der Urkunde verbrieften Forderung bestellen kann; denn er kann dem Pfandgläubiger nicht ein größeres Recht aus den Theilschuldverschreibungen gewähren, als ihm selbst zusteht. Es würden diese Theilschuldverschreibungen in den Händen von Pfandgläubigern, selbst wenn diese in dem guten Glauben gewesen wären, durch Verpfändung einen wirklichen Vermögenswerth in ihren Pfandbesitz zu erhalten, nur ein werthloses Stück Papier sein; denn der gute Glaube beim Pfanderwerb kann zwar die Mängel der Verpfändungsbefugniß des Verpfänders beseitigen, aber nicht zur pfandweisen Sicherung ein Recht übertragen, das der Verpfänder, auch wenn er Eigenthümer des Papieres ist, selbst nicht hat. Und doch führt das wirthschaftliche Bedürfniß darauf hin, daß der Aussteller von Theilschuldverschreibungen mit Realsicherheit nicht nur durch Verkauf oder andere auf Eigenthumsübertragung gerichtete Rechtshandlungen den in der Realsicherheit enthaltenen Vermögenswerth aus Händen geben, sondern auch durch Verpfändung Rechte einräumen kann, die zu einer abgesonderten Befriedigung führen. Man denke nur an den Fall, daß mit einem Bankhause ein Kommissionsgeschäft bezüglich

7*

der Unterbringung solcher Theilschuldverschreibungen abgeschlossen wird. Stellen die Theilschuldverschreibungen auch in der Hand des Ausstellers einen Vermögenswerth wegen der mit ihnen verbundenen Realsicherheit dar, so kann das Bankhaus darauf ebensowohl wie auf nicht von dem Kommittenten ausgestellte Werthpapiere einen Vorschuß geben und so ohne Weiteres ein gesetzliches Pfandrecht nicht nur an den Papieren selbst, sondern auch an den zu deren Sicherung bestellten Realsicherheiten erwerben. Der Aussteller würde in hohem Maße benachtheiligt sein, wenn ihm nur die Möglichkeit bliebe, auf Grund eines Eigenthum übertragenden Rechtsgeschäfts sich Geld gegen die Theilschuldverschreibungen zu verschaffen, insbesondere dann, wenn der Personalkredit des Ausstellers schwach ist, und die angebotenen Sicherheiten nicht einwandsfrei sind, demnach nur ein geringer Kaufpreis bezahlt werden würde, während der Aussteller zum vollen Nennbetrag verpflichtet würde.

Noch ein anderer Gesichtspunkt führt darauf hin, daß man den in Händen des Ausstellers befindlichen Theilschuldverschreibungen mit Realsicherheit einen Vermögenswerth zuschreiben muß, und daß solcher Werth nicht erst durch Begebung entsteht. Man nehme an, ein sonstiger Gläubiger des Ausstellers schreite zur Zwangsvollstreckung; der Gerichtsvollzieher findet unbegebene Theilschuldverschreibungen mit Realsicherheit bei dem Aussteller oder, was dem gleich steht, bei einem zur Herausgabe bereiten Dritten, der sie als Eigenthum des Ausstellers aus irgend einem Rechtsgrunde z. B. einem Verwahrungsvertrag in Besitz hat. Stellt die Theilschuldverschreibung in den Händen des Ausstellers einen Vermögenswerth nicht dar, so darf der Gerichtsvollzieher sie nicht pfänden, denn der Gegenstand als solcher ist werthlos; oder wenn der Gerichtsvollzieher pfändet, so gewährt das dem Gläubiger an den gepfändeten Theilschuldverschreibungen erworbene Pfandrecht ihm im Verhältniß zu anderen Gläubigern dieselben Rechte, wie ein durch Vertrag erworbenes Faustpfandrecht (§ 804 C.P.O. in neuer Fassung). Kann also das Vertrags-Faustpfandrecht dem Gläubiger keine Rechte gewähren, so auch nicht das Pfändungspfandrecht. Hat aber der Gerichtsvollzieher aus diesem Grunde Abstand davon genommen, die Theilschuldverschreibungen bei ihrem Aussteller zu pfänden, so bleibt dem Aussteller gleichwohl die Möglichkeit, sie alsbald durch Verkauf zu Geld zu machen. Ja, der zur Ableistung des Offenbarungseides wegen Unpfändbarkeit vorgeladene Aussteller würde den Besitz solcher von ihm ausgestellten Theilschuldverschreibungen mit Realsicherheit bei der Eidesleistung verschweigen dürfen, sofern sie nicht Vermögenswerthe für ihn sind, daher auch nicht einen Theil seines Vermögens bilden.

Kann man den Werth von Rechtstheorien an ihren Früchten er-

kennen, so wird man ohne Weiteres dahin gelangen müssen, eine Theorie, die in den Händen des Ausstellers noch befindliche Theilschuldverschreibung mit Realsicherheit sei für ihn kein Vermögenswerth, als unhaltbar anzusehen.

Sind nun die Theilschuldverschreibungen mit Realsicherheit auch in den Händen des Ausstellers bis zum Augenblick, in dem über sein Vermögen das Konkursverfahren eröffnet wird, Vermögenswerthe, so behalten sie nothwendig diese Eigenschaft auch während des Konkurses; sie gehören zur Konkursmasse: an Stelle des Ausstellers als nunmehrigen Gemeinschuldners übt der Konkursverwalter das Verwaltungs- und Verfügungsrecht aus, der Erlös der Realsicherheiten fällt, soweit der Konkursverwalter in seiner Eigenschaft als solcher Besitzer ist, in die Konkursmasse und wird, wie die übrigen Bestandtheile der Konkursmasse dazu verwandt, sämmtliche Konkursgläubiger zu befriedigen. Zu diesen Konkursgläubigern gehören auch die sonstigen Besitzer von Theilschuldverschreibungen mit Realsicherheit, soweit wegen eines Minderwerthes der Realsicherheit nicht ein dem Nennwerth sämmtlicher Theilschuldverschreibungen gleichkommender Erlös erzielt ist; denn dieser Erlös entfällt auf sie nur im Verhältniß der in ihrem Besitz befindlichen Theilschuldverschreibungen zu dem Gesammtbetrage der ausgestellten Theilschuldverschreibungen.[1]

Es ist bisher im Allgemeinen von Theilschuldverschreibungen auf den Inhaber mit Realsicherheit gesprochen. Was von den Inhaberpapieren gilt, wird auch von den auf Order lautenden Theilschuldverschreibungen zu gelten haben; der Unterschied liegt nur in der formellen Legitimation, die für den Erwerber, sofern er nicht ursprünglicher Erwerber ist, durch Indossament erbracht wird. Auch bei ihnen wird ein dem nicht ausgegebenen Theil entsprechender Antheil an den Realsicherheiten bei dem Aussteller zurück bleiben und gegebenenfalls einen Vermögensbestandtheil seiner Konkursmasse bilden. Daß solche Theilschuldverschreibungen, die an Order lauten, wie Inhaberpapiere von Hand zu Hand gehen können, sofern nur der Erstberechtigte durch Blankoindossament sich seiner Rechte entäußert, bedarf keiner besonderen Hervorhebung. Zur Ausgabe von Theilschuldverschreibungen, die an Order lauten, bedarf es einer staatlichen Genehmigung im Sinne des B.G.B. § 795 nicht. Ihre Zulässigkeit ergiebt sich aus § 363 H.G.B.

Die Realsicherheiten können verschiedener Art sein. § 1187 B.G.B. erwähnt die für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, aus einem Wechsel oder aus einem anderen Papiere, das durch

1) In dem S. 94 mitgetheilten Falle hätte demnach die Entscheidung, wie S. 95 unter 4 angegeben, getroffen werden müssen.

Indossament übertragen werden kann, bestellte Hypothek; sie kann nur als Sicherungshypothek bestellt werden und gilt als Sicherungshypothek, auch wenn sie im Grundbuche nicht als solche bezeichnet ist. Der § 1188 enthält besondere Bestimmungen über die Art der Bestellung und die Ausschließung des Gläubigers. § 1189 gewährt die Möglichkeit, für den jeweiligen Gläubiger einen Vertreter zu bestellen, mit der Befugniß, mit Wirkung für und gegen jeden späteren Gläubiger bestimmte Verfügungen über die Hypothek zu treffen und den Gläubiger bei der Geltendmachung der Hypothek zu vertreten.

Die Grundbuchordnung vom 24. März 1897 bestimmt in § 51 Abs. 1.: Bei der Eintragung einer Hypothek für Theilschuldverschreibungen auf den Inhaber genügt es, wenn der Gesammtbetrag der Hypothek unter Angabe der Anzahl, des Betrags und der Bezeichnung der Theile eingetragen wird.

Nach B.G.B. § 1195 kann auch eine Grundschuld in der Weise bestellt werden, daß der Grundschuldbrief auf den Inhaber ausgestellt wird. Auf solchen Brief finden die Vorschriften über Schuldverschreibungen auf den Inhaber entsprechende Anwendung. Wenn eine Grundschuld oder eine Rentenschuld für den Inhaber des Briefes eingetragen und das Recht in Theile zerlegt werden soll, so findet nach Grundbuchordnung § 51 Abs. 2 die ebenerwähnte Vorschrift des § 51 Abs. 1 entsprechende Anwendung.

Die Rentenschuld, die § 1199 B.G.B. erwähnt, gilt als eine besondere Art der Grundschuld; es ist demnach auch zulässig, Theil-Rentenschuldverschreibungen ebenso wie Theil-Grundschuldverschreibungen auf den Inhaber auszugeben, und für den Gesammtbetrag eine Grund- oder Rentenschuld einzutragen. Daraus ergiebt sich auch die Möglichkeit, daß der Eigenthümer des Grundstücks, das mit einer Sicherungshypothek für den Gesammtbetrag von Theilschuldverschreibungen auf den Inhaber, oder mit einer Gesammt-Grund- oder Rentenschuld unter Ausgabe von Theil-Grund- oder Rentenschuldverschreibungen auf den Inhaber belastet ist, einen Theil der Schuldverschreibungen selbst im Besitze behält. Sind die oben bezüglich der Theilschuldverschreibungen auf den Inhaber mit Realsicherheit gemachten Ausführungen richtig, so ergiebt sich, daß die im Besitz des Eigenthümers verbliebene oder wieder in seinen Besitz gelangten Theilschuldverschreibungen auch für ihn, bezw. bei etwaiger Zwangsversteigerung sowie im Fall des Konkurses einen Theil seines Vermögens oder seiner Konkursmasse bilden und an dem Erlös der Sicherungshypothek, der Gesammt-Grund- oder Rentenschuld theilnehmen.

Die Denkschrift zur Grundbuchordnung (Mugdan, die gesammten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen Bd. 5 S. 169) erkärt es dem

praktischen Bedürfniß entsprechend für genügend, wenn statt der Eintragung einer besonderen Hypothek für die Forderung aus jeder einzelnen Theilschuldverschreibung der Gesammtbetrag der Hypothek unter Angabe der Anzahl, des Betrages und der Theile eingetragen wird, und verweist auf einen Vorgang dieser Bestimmung in § 20 des Preuß. Gesetzes betr. das Pfandrecht an Privateisenbahnen vom 19. August 1895.

Auch aus der Begründung der Denkschrift würde sich die Richtigkeit der obigen Ausführungen ergeben; trotz des Vorliegens einer Gesammthypothek, Gesammt-Grund- oder Rentenschuld würde der Theilschuldverschreibung-Inhaber doch nur ein Recht auf einen seinem Antheil entsprechenden Antheil an dem Erlös, unter Mitberücksichtigung der auf den Eigenthümer als Besitzer von Theilschuldverschreibungen entfallenden Antheile haben.

Von Interesse ist zum Schluß noch die Bestimmung, die das Hypothekenbankgesetz vom 13. Juli 1899 in § 35 enthält.

Nach § 6 Abs. 1 des genannten Gesetzes muß der Gesammtbetrag der von einer Hypothekenbank ausgegebenen im Umlauf befindlichen Hypothekenpfandbriefe in Höhe des Nennwerths jederzeit durch Hypotheken von mindestens gleicher Höhe und mindestens gleichem Zinsertrage gedeckt sein. Unter bestimmten in Abs. 4 genannten Voraussetzungen kann die fehlende Hypothekendeckung einstweilen durch Schuldverschreibungen des Reichs oder eines Bundesstaats oder durch Geld ersetzt werden. Die zur Deckung der Hypothekenpfandbriefe bestimmten Hypotheken und die ersatzweise zur Deckung bestimmten Werthpapiere sind nach § 22 Abs. 1 in ein Register einzutragen, nach § 31 Abs. 1 hat der nach § 29 bei jeder Hypothekenbank zu bestellende Treuhänder die Urkunden über die in das Hypothekenregister eingetragenen Hypotheken sowie die sonstigen Werthpapiere und das ersatzweise zur Deckung bestimmte Geld unter dem Mitverschlusse der Bank zu verwahren. Die von der Hypothekenbank aufzustellende Jahresbilanz hat nach § 24 unter den Gesammtbeträgen der Bestände an Geld, an Wechseln und an Werthpapieren besonders den Betrag der eigenen Hypothekenpfandbriefe der Bank anzugeben.

An dieser sich gegebenenfalls aus Hypotheken, Werthpapieren und Geld zusammensetzenden Deckung haben im Fall der Konkurseröffnung über das Vermögen der Hypothekenbank die Forderungen der Pfandbriefgläubiger in Ansehung der Befriedigung ein allen anderen Konkursgläubigern vorgehendes Recht unter gleicher Rangstellung der Pfandbriefgläubiger untereinander. § 35 Abs. 1. Wenn aber zur Konkursmasse der Hypothekenbank eigene Hypothekenpfandbriefe der Bank gehören, so werden sie, nach § 35 Abs. 3, bei der Berechnung der auf die ein-

zelnen Hypothekenpfandbriefe fallenden Antheile an dem Erlös aus der Deckung mitgezählt.

Hat eine Hypothekenbank auf Grund von Rentenforderungen, die vor dem 1. Januar 1899 als Reallasten in das Grundbuch eingetragen worden sind, besondere Schuldverschreibungen ausgegeben, so findet auf diese Schuldverschreibungen und auf die ihnen zu Grunde liegenden Rentenforderungen neben anderen Bestimmungen auch die des § 35 entsprechende Anwendung, also auch in diesem Falle findet eine Antheilnahme der Hypothekenbank an dem im Konkurse sich ergebenden Erlös für die nicht von ihr ausgegebenen Schuldverschreibungen statt.

Man könnte die Behauptung aufstellen, die Kreationstheorie habe im neuen Recht den Sieg davongetragen; für diese Auffassung sprechen die Bestimmungen, die sich im B.G.B. § 794 finden; denn das Gesetz erkennt an, daß, wenn dem Aussteller einer Schuldverschreibung auf den Inhaber solche gestohlen worden oder verloren gegangen oder wenn sie sonst ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt ist, der Aussteller gleichwohl verpflichtet wird, und daß es auf die Wirksamkeit einer solchen Schuldverschreibung ohne Einfluß ist, wenn die Urkunde ausgegeben wird, nachdem der Aussteller gestorben oder geschäftsunfähig geworden ist. Da die Frage bezüglich der Richtigkeit der Kreationstheorie sich nicht nur auf Inhaberpapiere, sondern auch auf Orderpapiere erstreckt, von letzteren aber das Bürgerliche Gesetz schweigt, und da nach B.G.B. § 935 doch auch der Erwerb gestohlener, verloren gegangener oder sonst abhanden gekommener Inhaberpapiere und die daraus sich herleitende Berechtigung, die Leistung nach Maßgabe des in der Schuldverschreibung auf den Inhaber enthaltenen Versprechens zu verlangen (B.G.B. § 793) an das Vorhandensein des guten Glaubens geknüpft ist, so läßt sich gegen die Behauptung eines Sieges der Kreationstheorie, die nach Kuntze auch dem Diebe ein — allerdings durch Exceptio doli zu entkräftendes — Recht an dem einmal ausgestellten Papier gewähren will, wohl ein zutreffender Einwand erheben. Aber das wird anerkannt werden müssen: das mit Sicherheit verbundene Inhaberpapier, sei es, daß es als Theilschuldverschreibung auf den Inhaber unter Eintragung einer Gesammtsicherungshypothek oder als Theil-Grund- oder Rentenschuldverschreibung unter Eintragung einer Gesammt-Grund- oder Rentenschuld oder als gedeckter Hypothekenpfandbrief erscheint, stellt in Uebereinstimmung mit der hier entwickelten Theorie von der Wirkung der Kreation einen wirklichen Vermögenswerth für den Aussteller dar, der seinen Bestand auch gegenüber sonstigen Inhabern auf Grund eines Veräußerungsvertrages im Falle einer Zwangsversteigerung oder eines Konkurses zu behaupten vermag.

Conrad Bornhak.

Die Ausweisung fremder Staatsangehörigen vom völkerrechtlichen und staatsrechtlichen Standpunkte.

Wenn das Völkerrecht die rechtlichen Beziehungen der Staaten unter einander, das Staatsrecht die Organisation der Staatsgewalt und ihre Beziehungen zu Land und Leuten regelt, so fehlt es für die Stellung fremder Staatsangehörigen zur inländischen Staatsgewalt an einer Rechtsgrundlage überhaupt. Gleichwohl ist der Fremde nicht im Sinne früherer Kulturperioden rechtlos. Allerdings verbindet das Völkerrecht nur die Mitglieder der völkerrechtlichen Staatengemeinschaft, es ist nur ein Recht zwischen Staat und Staat. Aber jeder Staat ist durch die völkerrechtliche Ordnung gebunden und vielfach auch vertragsmäßig verpflichtet, die Angehörigen des anderen Staates in gewisser Weise zu behandeln. So ergiebt sich eine rechtliche Stellung der Fremden als Angehöriger ihres Staates zur fremden Staatsgewalt. Gewiß kommen ferner für das Staatsrecht als der Staatsgewalt unterworfen nur das Staatsgebiet und die Staatsangehörigen in Betracht. In dem persönlichen Verhältnisse der Staatsangehörigkeit stehen die Fremden nicht einmal zeitweise während ihres Aufenthaltes außerhalb des Heimathsstaates zur fremden Staatsgewalt. Wohl aber sind sie wie alles, was in dem Staatsgebiete sich befindet, so lange ihre Verbindung mit dem fremden Staatsgebiete dauert, der Gebietshoheit der Staatsgewalt unterworfen. So entsteht durch den Aufenthalt des Fremden im Gebiete auch ein staatsrechtliches Verhältniß zwischen ihm und dem Staate. Durch das Mittelglied des fremden Staates wird die völkerrechtliche, durch das Mittelglied des Gebietes die staatsrechtliche Grundlage des Fremdenrechtes gewonnen.

Die Ausweisung von Fremden hat sich nun wie jede Thätigkeit des Staates innerhalb der Schranken des Rechtes zu vollziehen. Damit ergiebt sich auch für die Ausweisung fremder Staatsangehörigen eine Betrachtung von zwiefachem Gesichtspunkte, vom völkerrechtlichen und vom staatsrechtlichen.

I.[1]

Der Staat ist kraft seiner Souveränetät der unbeschränkte Herrscher seines Gebietes. Er braucht daher Fremde in seinem Gebiete überhaupt nicht zu dulden. Das erscheint als die natürliche Folge der Gebietshoheit. In der That haben auf diesem Standpunkte bis in die neuere Zeit die hinterasiatischen Staaten gestanden, ehe sie sich den Grundsätzen des europäischen Völkerrechts unterwarfen, und auch, als sie an dem Grundsatze der Fremdenausschließung starr festzuhalten aufhörten, ließen sie die Fremden wenigstens nur an bestimmten Plätzen unbehindert zu.

Die engen, von Jahr zu Jahr zunehmenden wirthschaftlichen Beziehungen, in denen die Bewohner der modernen Kulturwelt zu einander stehen, bringen es aber mit sich, daß sich fortgesetzt zahlreiche Angehörige des einen Staates im Gebiete des anderen aufhalten, um dort die mannigfachsten persönlichen Interessen zu pflegen. Diese wirthschaftlichen Beziehungen kann thatsächlich kein Staat durch Ausschließung aller Fremden von seinem Gebiete abschneiden, ohne sich auf das erheblichste selbst zu schädigen.

Solche Thatsachen haben aber von jeher im Völkerrechte eine rechtsbildende Kraft gezeigt. Was ein Staat thatsächlich nicht thun kann, das wird ihm auch rechtlich als eine Folge des Bandes, das alle Staaten der Völkerrechtsgemeinschaft umschlingt, verboten. Die Comitas gentium lehnt sich gegen die unbedingte Ausschließung der Fremden vom Staatsgebiete auf und macht daher die an sich nach dem souveränen Herrschaftsrechte des Staates über sein Gebiet zulässige Absperrung, wie sie bis in die neuere Zeit in Hinterasien bestand, völkerrechtswidrig. Es besteht eine allgemeine völkerrechtliche Verpflichtung der Mitglieder der Staatengemeinschaft unter einander, Fremde im allgemeinen zuzulassen. Diese völkerrechtliche, die souveräne Gebietshoheit einschränkende Verpflichtung wird in der gesammten völkerrechtlichen Literatur wie in der Staatenpraxis gleichmäßig anerkannt.

Aus der Verpflichtung aller Staaten unter einander ergiebt sich zweierlei.

Einmal darf kein Staat Fremde überhaupt von seinem Gebiete ausschließen. Er würde damit eine ihm gegenüber allen anderen Staaten obliegende Verbindlichkeit verletzen.

---

1) Vgl. v. Martitz, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Leipzig 1888 ff., Bd. 1, S. 7 ff., Bd. 2, S. 627 ff.; Stoerk in v. Holtzendorff's Handbuch Bd. 2 §§ 113—122, sowie Art. Fremdenpolizei im Handwörterbuch der Staatswissenschaften; Kayser, Art. Ausweisung ebenda; Annuaire de l'Institut de Droit International X (1889), S. 227 ff.; XI (1892), S. 273 ff.; XII (1894), S. 184 ff.

Eben so wenig darf aber ferner ein Staat in Friedenszeiten Angehörige eines bestimmten anderen Staates unbedingt und allgemein fernhalten. Er würde sich dadurch mit einer Verpflichtung in Widerspruch setzen, die er diesem anderen Staate gegenüber hat. Nur im Kriege, der die unter den kriegführenden Staaten bestehenden Verpflichtungen überhaupt aufhebt mit Ausnahme der besonders für den Fall des Krieges eingegangenen, hört auch die Pflicht des Staates, Angehörige eines bestimmten anderen Staates bei sich aufzunehmen, dem kriegführenden feindlichen Staate gegenüber auf. Im Kriege können daher anerkanntermaßen zwar nicht Fremde überhaupt, wohl aber Angehörige der anderen kriegführenden Macht unbedingt ausgewiesen werden.

Die Verpflichtung, fremde Staatsangehörige im Allgemeinen in seinem Gebiete zuzulassen, bedeutet nun aber nicht etwa, daß der Staat jeden einzelnen Fremden bei sich aufnehmen muß. Ebenso wie die Verpflichtung des Staates, Fremde oder Angehörige eines bestimmten anderen Staates in Friedenszeiten nicht allgemein von seinem Gebiete auszuschließen, ist das Recht des Staates anerkannt, einzelne Fremde auszuweisen.

Man hat theoretisch versucht,[2] die Gründe für die Ausweisung einzelner festzustellen und damit andere Ausweisungen für unzulässig zu erklären. Hierher sollen namentlich gehören Mittellosigkeit, Betheiligung an strafbaren Handlungen oder Vorbereitung von solchen, anderweiter Ungehorsam gegen die Gesetze, politische Belästigung des Aufenthaltsstaates. Allein die Praxis hat sich gegen die Formulirung bestimmter Ausweisungsgründe stets ablehnend verhalten und begnügt sich mit der allgemeinen Formel der Salus publica. In der That läßt sich die Vielgestaltigkeit der politischen Verhältnisse, die eine Ausweisung erforderlich erscheinen lassen, nicht auf einzelne Typen zurückführen. Einige der sog. Ausweisungsgründe, wie z. B. die politische Belästigung, sind überdies so allgemein gehalten, daß sie überall passen, und man sich vergeblich fragt, weßhalb man den Versuch, einzelne Gründe aufzuzählen, überhaupt gemacht hat. Wohl lassen sich die Umstände, die zu einer Ausweisung Veranlassung geben können, in einzelnen Gruppen zusammenfassen, es können Gesichtspunkte der Armenpolizei, der Strafrechtspflege, der Sicherheitspolizei und der höheren Politik obwalten.[3]) Aber es handelt sich dabei um Beispiele, nicht um erschöpfende Aufzählung der Gründe. Als

2) Vgl. z. B. den Bar'schen Entwurf in der Hamburger Sitzung des Institut 1891 und die Règles adoptées des Institut selbst im Annuaire XII, S. 218 ff.

3) v. Martitz a. a. O. Bd. 1, S. 24 ff. unterscheidet formelle Gründe, armenpolizeiliche, solche der Strafrechtspflege und der Sicherheitspolizei.

negatives Ergebniß bleibt nur übrig, daß die Ausweisungsgründe auf dem Gebiete der Politik liegen und nicht völkerrechtlich faßbar sind.

Das moderne Völkerrecht hat damit in allgemein anerkannter Weise die äußersten Grenzen des Duldungs- und Ausweisungsrechtes festgestellt. Am klarsten ausgesprochen wird dies von Bluntschli in seinem Kodifikationsversuche, dem modernen Völkerrechte der civilisirten Staaten (1868). Nach Art. 381 darf sich kein Staat gegen Fremde überhaupt absperren, nach Art. 382 aber jeder Staat einzelne Fremde aus Gründen des Rechts und der Politik ausweisen. Nur die Erwähnung der Gründe hätte ohne Schaden für die Formulirung der beiden Rechtssätze unterbleiben können.

Mit der Feststellung dieser äußersten Grenzen ist aber die Frage der Duldungspflicht und des Ausweisungsrechtes des Staates noch keineswegs gelöst. Darf der Staat weder Fremde überhaupt noch in Friedenszeiten Angehörige eines bestimmten anderen Staates allgemein ausweisen, so darf er auch nicht einem Theile dieser Gesammtheit den Zutritt versagen. Und andererseits, ist der Staat zur Ausweisung einzelner Fremden berechtigt, so darf er auch mehrere Einzelne ausweisen. Nun entsteht die Frage, wann die mehreren Einzelnen zu einem Theile der Gesammtheit oder zu dieser selbst werden. Diese Frage läßt sich natürlich vom Standpunkte juristischer Logik aus niemals beantworten. Sie erinnert an den bekannten Schulstreit, wie viele Menschen dazu gehören, um einen Haufen zu bilden. Wann werden mehrere Einzelne zu einer Gesammtheit, die sich doch auch wieder aus Einzelnen zusammensetzt? Jedenfalls muß der Ausweisungsbefehl immer individuell, an die einzelne Person gerichtet sein, allgemeine Ausweisungsbefehle sind in Friedenszeiten überhaupt unzulässig. Die einzelnen Ausweisungen dürfen aber nie einen Umfang annehmen, daß dadurch den Angehörigen eines anderen Staates allgemein der Aufenthalt versagt erscheint, wenn auch noch zur scheinbaren Wahrung des Grundsatzes freien Aufenthaltes ein paar Ausnahmen zugelassen werden. Näher lassen sich die Grenzen nach rechtlichen Gesichtspunkten nicht bestimmen, man gelangt eben wieder in das flüssige Gebiet der Politik.

Mag nun Duldungspflicht oder Ausweisungsrecht der Staatsgewalt bestehen oder nicht, jedenfalls erwachsen daraus für den einzelnen Fremden gegenüber dem Aufenthaltsstaate keinerlei Rechte. Das Völkerrecht ist ein Recht unter Staaten. Der Fremde ist für den Aufenthaltsstaat nur Objekt der Staatsherrschaft und auch dies nur, so lange er sich in dem Gebiete aufhält. Völkerrechtlich zur Duldung verpflichtet ist daher der Staat unter den oben erörterten Voraussetzungen nicht gegenüber dem

Fremden, sondern nur gegenüber den anderen Mitgliedern der Völkerrechtsgemeinschaft, insbesondere gegenüber dem Staate, dem der Fremde angehört. Wie das Völkerrecht nur Staaten verpflichtet, und die Verbindlichkeit zur Duldung von Fremden eine völkerrechtliche gegenüber anderen Staaten ist, so kann auch das der Verpflichtung entsprechende subjective Recht eines anderen nur ein solches eines Staates sein. Nur der andere Staat kann fordern, daß seine Angehörigen in Friedenszeiten nicht allgemein vom Zutritte in das fremde Staatsgebiet fern gehalten oder aus ihm ausgewiesen werden. Nur der andere Staat kann in einzelnen zweifelhaften Fällen kraft des Schutzes, den er seinen Angehörigen im Auslande schuldet, von dem ausweisenden Staate Auskunft über die Gründe fordern. Nur er kann endlich für eine Rechtsverletzung, die ihm in seinem Angehörigen zugefügt wird, die völkerrechtlich zulässige Genugthuung sich verschaffen.

II.[4]

Das Völkerrecht zieht die äußersten Grenzen, innerhalb deren ein Staat, so weit seine Rechtsbeziehungen zu anderen Staaten in Betracht kommen, zu handeln befugt ist. Das englisch-amerikanische Recht betrachtet geradezu die völkerrechtlichen Grundsätze als Theil des Landrechtes und erklärt sie daher auch in dem Verhältnisse von Staat und Unterthanen für unmittelbar anwendbar. In den meisten anderen Staaten geht man nicht so weit. Der Staat erscheint berechtigt, kraft seines unbeschränkbaren Herrschaftsrechtes auch Anordnungen zu erlassen, die dem Völkerrechte widersprechen. Er setzt sich dann aber für sein völkerrechtswidriges Verhalten, das in seinen inneren Beziehungen zu seinen Unterthanen und den im Gebiete sich aufhaltenden Fremden unanfechtbar ist, anderen Staaten gegenüber den Folgen des Rechtsbruches aus. Unter keinen Umständen muß aber ein Staat von den Befugnissen, die ihm völkerrechtlich zustehen, auch Gebrauch machen. Er kann insbesondere durch die Gesetzgebung sich selbst und seinen Organen weitere Beschränkungen auferlegen, als das Völkerrecht ihm zieht.

Nach englisch-amerikanischem Rechte hat der Staat, soweit nicht Auslieferungsverträge eine Ausnahme festsetzen, nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht, Asyl zu gewähren. Dieser Pflicht entspricht

4) Vgl. Bès de Berc, De l'expulsion des étrangers, Paris 1888; J. Langhard, Das Recht der politischen Fremdenausweisung mit besonderer Berücksichtigung der Schweiz, Leipzig 1891; eine Uebersicht der Gesetzgebung giebt Bulmerincq, Völkerrecht, in Marquardsen's Handbuch S. 238 ff.

die Befugniß der Fremden, im Gebiete von England oder Nordamerika ihren dauernden oder vorübergehenden Aufenthalt zu nehmen. Die Verwaltungsbehörde ist grundsätzlich nicht befugt, Fremde aus dem Staatsgebiete auszuweisen.

Dieser Grundsatz der staatlichen Verpflichtung, Fremde aufzunehmen, wird in England bei schwierigen politischen Lagen durchbrochen durch Fremdengesetze, Alien Acts, vermöge deren vorübergehend den Verwaltungsbehörden eine Ausweisungsbefugniß gewährt wird. Auch der Fremde sieht sich also nicht dem freien Ermessen der Verwaltung, sondern deren gesetzlich geregelten Befugnissen zur Ausweisung gegenüber, die überdies noch den Charakter des Ausnahmegesetzes haben. Das erste Fremdengesetz erging 1792 und gestattete die Ausweisung aller Fremden, die keine oder falsche Angaben über ihre Personalien machten. Von zwei zu zwei Jahren verlängert nnd schließlich durch ein anderes Gesetz ersetzt, ist diese Gesetzgebung 1826 erloschen. Dann erging 1848 ein neues Fremdengesetz auf ein Jahr mit der Ermächtigung zur Austreibung aller Fremden, die sich nicht schon sieben Jahre im Lande aufhielten. Dieses Gesetz ist niemals zur Anwendung gelangt. Erst die Coercion Bill von 1881 zur Unterdrückung der irischen Bewegung begründete wieder vorübergehend Ausweisungsbefugnisse.

In den Vereinigten Staaten von Nordamerika steht gleichfalls der grundsätzlichen Aufenthaltsberechtigung der Fremden im Staatsgebiete nicht entgegen, daß die Bedingungen ihrer Zulassung durch Gesetz oder Staatsvertrag näher geregelt und die diese Bedingungen nicht erfüllenden Fremden zurückgewiesen werden. Der geographischen Lage des Landes entsprechend, in das die Fremden meist auf dem Seewege kommen, erscheint aber bei den Amerikanern im Gegensatze zur europäischen Praxis als geeignetes Mittel zur Fernhaltung unliebsamer Elemente nicht die Ausweisung, sondern die Zurückweisung vor dem Eintritte in das Gebiet.[5] Schon 1798 ermächtigte der Kongreß den Präsidenten John Adams zur Ausweisung gewisser Fremden. Spätere Maßregeln richten sich besonders gegen die Zulassung von bestimmten Arten von Einwanderern. Durch Vertrag von 1868 hatten Nordamerika und China sich wechselseitig die Einwanderung ihrer Staatsangehörigen zugestanden. Da nun aber die Chinesen in großen Mengen nach Nordamerika kamen und die Arbeitslöhne drückten, scheute man amerikanischerseits nicht vor Vertragsver-

5) Diese Zurückweisung wird irrthümlich vermengt mit der Ausweisung in dem Berichte, den Robin-Jaequemyns dem Institut de Droit international über die Frage erstattete. Vgl. Annuaire X, S. 231. Der amtliche amerikanische Ausdruck ist dagegen ganz richtig „excluding“.

letzungen zurück. Erst 1881 kam ein neuer Vertrag mit China zu Stande, der die Bundesregierung ermächtigte, die Zulassung und den Aufenthalt chinesischer Arbeiter im Bundesgebiete zu beschränken, zu regeln und zu suspendiren, und damit für die Zukunft die chinesischen Einwanderer der Arbeiterklasse der Willkür der amerikanischen Staatsorgane preisgab. Sehr bald sucht man aber, hauptsächlich im Interesse der amerikanischen Arbeiter, auch die europäische Einwanderung zu beschränken. Seit 1882 beginnt die Gesetzgebung gegen die sogenannten Paupers. Entlassene Sträflinge, Geisteskranke, Krüppel und Arme, die voraussichtlich die Armenpflege belasten würden, sollen nicht in das Land gelassen, sondern auf Kosten des Schiffseigenthümers zurückgeschickt werden. Das dehnt man 1885 aus auf Alle, die sich bereits vor der Einwanderung kontraktlich gebunden haben. Diese Bestimmungen werden 1891 in einem neuen Gesetze zusammengefaßt.[6] Es ist hiernach das Eigenthümliche des amerikanischen Rechtes, daß es, ausgehend von dem Aufenthalts- und demnach auch Einwanderungsrechte der Fremden, diesen Grundsatz durchbricht nicht etwa durch Ausweisung, sondern durch Nichtzulassung und zwar bestimmter Arten von Fremden, deren Einwanderung zu wirthschaftlichen Bedenken Anlaß giebt. Angesichts der oben entwickelten völkerrechtlichen Grundsätze könnte es zweifelhaft erscheinen, ob hier überhaupt noch eine Fernhaltung von einzelnen Fremden vorliegt. Die Praxis hat dies bejaht, indem kein Staat gegen die amerikanische Gesetzgebung Einspruch erhoben hat.

Für Frankreich hat das Gesetz vom 3. Dezember 1849 die Ausweisung als reine Verwaltungsmaßregel festgestellt. Man unterscheidet zwischen Fremden, die zum Wohnsitze im französischen Gebiete ermächtigt sind, und anderen. Die Behandlung Beider ist aber nicht erheblich verschieden. Der Minister des Innern kann jeden Fremden ausweisen lassen, bei zum Wohnsitze ermächtigten Fremden wird aber die Anordnung nach zwei Jahren hinfällig, wenn nicht inzwischen die Ermächtigung zum Wohnsitze zurückgenommen ist. In den Grenzdepartements hat auch der Präfekt die Ausweisungsbefugniß gegenüber den nicht zum Wohnsitze ermächtigten Fremden. Auf besondere Gründe ist die Ausweisung gesetzlich nicht beschränkt. In den Ausweisungsbefehlen bedient man sich der allgemeinen Formel: „Considérant que la présence de N. N. étranger sur le territoire français est de nature à compromettere la sûreté publique“. Es ist hiernach ganz in das willkürliche Ermessen der Verwaltung gestellt, Fremde auszuweisen.

---

6) Vgl. Sartorius v. Waltershausen Art. Einwanderung im Handwörterbuche der Staatswissenschaften, 1. Ergänzungsband, S. 300 ff.

Für Oesterreich bestimmt das Gesetz betreffend die Regelung der polizeilichen Abschaffung und des Schubwesens vom 27. Juli 1871 § 2: „Außerdem können Personen, welche in dem Geltungsgebiete dieses Gesetzes nicht heimathberechtigt sind, wenn sich ihr Aufenthalt daselbst aus Rücksichten der öffentlichen Ordnung und der Sicherheit als unzulässig darstellt, aus dem ganzen Geltungsgebiete dieses Gesetzes oder aus einem bestimmten Theile desselben abgeschafft werden.“ Gegen die Ausweisung ist innerhalb dreier Tage der Rekurs an die Provinzialbehörde, wie an das Staatsoberhaupt zulässig. Bis zur endgiltigen Entscheidung kann der Ausgewiesene in Haft genommen werden. Die Ausweisung ist hiernach eine einfache polizeiliche Maßregel, die aus allgemeinen Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung verfügt werden kann. Für Ungarn bestehen besondere gesetzliche Bestimmungen nicht. Die Verwaltungspraxis wendet aber die in Oesterreich geltenden Grundsätze entsprechend an.

In Rußland bestehen gesetzliche Bestimmungen über die Zulässigkeit der Ausweisung überhaupt nicht. Nach dem Grundsatze: „Was nicht verboten ist, ist erlaubt“ wird sie jedoch aus den mannigfachsten Gründen namentlich der Politik fortgesetzt verhängt. Nur erfordert man für den einzelnen Fall in der Regel einen besonderen kaiserlichen Befehl.

Die Schweiz hält es von jeher für ihr Recht, Fremden Asyl zu gewähren. Aber abweichend von England betrachtet sie dieses Recht nicht gleichzeitig als eine Pflicht gegenüber dem einzelnen Fremden. Sie kennt daher eine Ausweisung nicht nur als ein Ausnahmerecht, sondern als dauernde Einrichtung. Seit 1848 ist die Fremdenpolizei Bundessache. Nach Art. 70 der Bundesverfassung steht dem Bundesrathe das Recht zu, Fremde, welche die innere oder äußere Sicherheit der Eidgenossenschaft gefährden, aus dem schweizerischen Gebiete auszuweisen. Das Gesetz vom 28. Juni 1889 macht die Ausübung dieser Fremdenpolizei zur Sache des Bundesanwaltes. Von der Ausweisung sind bisher nach der schweizer Praxis namentlich solche Personen betroffen worden, die vom Boden der Schweiz aus revolutionäre Handlungen gegen ihren Heimathsstaat vornahmen oder verbreiteten und dadurch mittelbar die Sicherheit der Schweiz in ihren völkerrechtlichen oder politischen Beziehungen zu anderen Staaten gefährdeten.

In mustergiltiger Weise hat endlich die belgische Gesetzgebung, ohne das staatliche Ausweisungsrecht selbst preiszugeben, den Schutz der Fremden gegen willkürliche Maßregeln der Verwaltung entwickelt.[7] Die belgische

7) Vgl. die ausführliche Darstellung bei v. Martitz a. a. O. Bd. 2, S. 627 ff.

Gesetzgebung beginnt bald nach der Unabhängigkeitserklärung in periodischen Fremdengesetzen seit 1835, die regelmäßig auf drei Jahre erlassen wurden. Nach Art. 128 der Verfassung genießen Ausländer auf belgischem Gebiete für Person und Vermögen denselben Schutz wie Inländer vorbehaltlich der vom Gesetze bestimmten Ausnahmen. Die Ausweisung kann hiernach nur auf Grund des Gesetzes erfolgen. Die Ausweisung beruht entweder auf armenrechtlichen oder sicherheitspolizeilichen Gründen. Bedürftige Ausländer, die keinen Unterstützungswohnsitz haben oder keinem Lande angehören, mit dem wegen Ersatz der Kosten ein Vertrag geschlossen ist, werden an die Grenze gebracht. Außerdem kann die Regierung Ausländer, die durch ihre Aufführung die öffentliche Ruhe gefährden oder im Auslande wegen Verbrechen und Vergehen, die die Auslieferung bedingen, verfolgt werden, zwingen, sich von einem bestimmten Orte zu entfernen, an einem bestimmten Orte zu wohnen oder selbst das Königreich zu verlassen. Die Ausweisung aus sicherheitspolizeilichen Gründen kann aber nur durch einen im Ministerrate beschlossenen königlichen Erlaß erfolgen. Gegen gewisse Arten von Ausländern, insbesondere solche, die zur Wohnsitznahme im Königreiche ermächtigt oder mit einer Belgierin verheirathet und entweder von ihr im Lande geborene Kinder oder seit mindestens fünf Jahren ihren Wohnsitz im Lande haben, ist die Ausweisung überhaupt nicht anwendbar. Der Ausländern muß zum Verlassen des Landes mindestens einen Tag Frist erhalten und kann selbst die Grenze bezeichnen, über welche er gehen will.

Ebenso wie durch seine Gesetzgebung kann ein Staat auch durch Vertrag mit einem anderen Staate seine Befugniß zur Ausweisung der Angehörigen der Letzteren näher regeln und Beschränkungen unterwerfen. Dies ist die Bedeutung der sogenannten Niederlassungsverträge, wie sie namentlich von der Schweiz mit einer Reihe anderer Staaten abgeschlossen sind.[8] Insbesondere wird dadurch den Angehörigen der anderen vertragschließenden Theile ein Recht auf Aufenthalt gewährt, soweit sie unbescholten sind und die Gesetze und Polizeiverordnungen des Aufnahmestaates nicht verletzen. Der Aufenthaltsstaat hat damit vertragsmäßig auf die Ausübung seines Ausweisungsrechtes verzichtet, es sei denn, daß die vertragsmäßig vorgesehenen Ausnahmen vorliegen.

Die Staatenpraxis hat hiernach innerhalb des völkerrechtlichen Rahmens das Ausweisungsrecht meist selbständig für jeden einzelnen Staat geregelt und damit gleichzeitig die nach den allgemeinen Grundsätzen des Völkerrechtes zweifelhaften Punkte näher bestimmt.

8) Vgl. z. B. Niederlassungsvertrag zwischen dem Deutschen Reiche und der Schweiz vom 31. Mai 1890 (R.G.Bl. 1890, S. 131).

Daß ein Staat über das Maß dessen, wozu er völkerrechtlich genöthigt ist, sein Gebiet den Fremden öffnet und ihnen ein Recht auf Aufenthalt gewährt, bildet die verschwindende Ausnahme. Nur im englisch-amerikanischen Rechte, soweit nicht gesetzliche Ausnahmen bestehen, und im belgischen Rechte hinsichtlich der nicht ausweisbaren Fremden zeigen sich Ansätze nach dieser Richtung. Im Uebrigen nimmt jeder Staat das Recht für sich in Anspruch, aus den mannigfachsten Gründen, besonders von dem Gesichtspunkte der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, einzelne Fremde von seinem Gebiete auszuschließen, indem er entweder von vorn herein den Eintritt versagt oder den im Lande sich bereits aufhaltenden Fremden ausweist. Die nach den allgemeinen völkerrechtlichen Grundsätzen noch vorhandene Lücke über die Grenzen des Ausweisungsrechtes erscheint dabei gleichfalls ausgefüllt. Es bleibt völkerrechtlich zulässige Ausschließung einzelner Fremden und nicht ein Abschluß gegen Angehörige eines fremden Staates überhaupt, wenn bestimmte Arten von Fremden allgemein ausgeschlossen werden. In dieser Beziehung hat namentlich die völkerrechtlich unangefochten gebliebene amerikanische Praxis das nach den allgemeinen Grundsätzen zweifelhafte Gebiet näher abgegrenzt. Was aber von der Zurückweisung Fremder gilt, muß auch auf die Ausweisung Anwendung finden. Denn beide fallen zusammen in dem gemeinsamen Begriffe des Abschlusses des Gebietes gegen fremde Staatsangehörige. Die Thatsache, daß auf Grund des Ausweisungsrechtes auch ganze Klassen von Fremden vertrieben werden können, findet daher nothwendig auch völkerrechtliche Anerkennung.[9]

III.

Nach Art. 4 Nr. 1 der Reichsverfassung unterliegt der Beaufsichtigung seitens des Reiches und seiner Gesetzgebung u. A. die Fremdenpolizei Was man sich beim Erlasse dieser Bestimmung in den verschiedenen Kreisen der gesetzgebenden Faktoren gedacht hat, erscheint jetzt von untergeordneter Bedeutung. Maßgebend ist vielmehr nur, was der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht hat. Hiernach unterliegt aber die Fremdenpolizei in vollem Umfange und damit auch das Ausweisungswesen der Zuständigkeit des Reiches.

Das Reich hat jedoch hier wie auf den anderen Gebieten von seiner Befugniß nicht in vollem Umfange Gebrauch gemacht.

Gesetzlich geregelt ist von Reichswegen die Zulässigkeit von Aus-

---

9) Uebereinstimmend v. Martitz a. a. O. Bd. 1, S. 19 N. 2 im Anschlusse an die preußische Praxis hinsichtlich der polnisch-jüdischen Ueberläufer.

weisungen als Folge strafbarer Handlungen durch das Strafgesetzbuch. Die Landespolizeibehörde kann aus dem Bundesgebiete ausweisen nach § 39 Nr. 2 Ausländer, die unter Polizeiaufsicht kraft gerichtlichen Urtheils gestellt sind, nach § 284 Ausländer, deren Verurtheilung wegen gewerbsmäßigen Glücksspiels erfolgt ist, nach § 362, gegen welche das Gericht auf Ueberweisung an die Landespolizeibehörde erkannt hat. Wenn hier in einzelnen Fällen die Ausweisung ausdrücklich für zulässig erklärt wird, so hat das nicht die Bedeutung, daß sie nur in diesen Fällen erfolgen dürfte. Denn das Reichsstrafgesetzbuch beabsichtigt nicht eine erschöpfende Regelung des Ausweisungsrechtes überhaupt. Man könnte nur einwenden: Wenn die Organe der Einzelstaaten nach den völkerrechtlichen Grundsätzen allgemein die Befugniß zu Ausweisungen haben, so lange das Reich eine ausschließliche Gesetzgebung über die Fremdenpolizei nicht beansprucht, welche Bedeutung hat es dann, daß diesen selben Organen diese Befugniß für einzelne Fälle noch besonders beigelegt wird? Die Tragweite der reichsgesetzlichen Bestimmung liegt überhaupt nicht in der Berechtigung, sondern in der Wirksamkeit der Ausweisungen. Die Organe des Einzelstaates können mit oder ohne reichsgesetzliche Ermächtigung Ausweisungen vornehmen. Aber die Befugniß eines einzelstaatlichen Organes erstreckt sich natürlich an sich nicht über das Gebiet des Einzelstaates hinaus. Nur das Reich kann den einzelstaatlichen Organen die Befugniß zur Ausweisung aus dem gesammten Bundesgebiete beilegen, und das ist in den angeführten Fällen geschehen. Die Landespolizeibehörde des Einzelstaates handelt hier als mittelbares Organ des Reiches.[10]

Im Uebrigen ist den Einzelstaaten die Fremdenpolizei und damit die Befugniß zu Ausweisungen innerhalb des allgemeinen völkerrechtlichen Rahmens geblieben. Selbstverständlich erstreckt sich aber dieses reichsrechtlich nicht geregelte Ausweisungsrecht nicht über das Gebiet des Einzelstaates hinaus. Die preußische Behörde kann nur aus Preußen, die sächsische nur aus Sachsen Ausländer ausweisen, aber ihn nicht zum Verlassen des Reichsgebietes nöthigen. Der aus Preußen Ausgewiesene kann nach Sachsen gehen und umgekehrt, bis ihn auch hier ein Ausweisungsbefehl der Landesstaatsgewalt trifft. So kann der Fremde 26 Mal den Aufenthalt in den einzelnen Bundesstaaten und Elsaß-Lothringen wechseln, und erst 26 verschiedene Ausweisungsbefehle würden im Stande sein, ihm den Aufenthalt im Bundesgebiete zu versagen, wenn es sich nicht um einen der Fälle des Strafgesetzbuches handelt. Die fortdauernde rechtliche

---

10) Uebereinstimmend Laband, Staatsrecht des Deutschen Reichs (3. Aufl.), Bd. 1, S. 180.

Zulässigkeit der Ausweisung aus dem Gebiete des Einzelstaates wird ausdrücklich anerkannt in § 361 Nr. 2 des Strafgesetzbuches. Hiernach wird wegen Uebertretung bestraft, wer, nachdem er des Bundesgebietes oder des Gebietes eines Bundesstaates verwiesen ist, ohne Erlaubniß zurückkehrt.

Inwiefern die Ausweisungen aus einem einzelnen Bundesstaate einer Controle des Reiches unterliegen, ist bekanntlich gelegentlich der letzten preußischen Ausweisungen von Dänen aus Nordschleswig Gegenstand von Meinungsverschiedenheiten zwischen den verbündeten Regierungen und dem Reichstage gewesen. Zur Erledigung dieser Streitfrage bedarf es eines näheren Eingehens auf die Begriffe der „Beaufsichtigung" und der „Fremdenpolizei" im Sinne des Art. 4 der Reichsverfassung nicht, da sich die Entscheidung von einem anderen Gesichtspunkte, nämlich von dem der völkerrechtlichen Beziehungen zum Auslande ergiebt.

Jeder Staat ist bei Ausweisungen an die Schranken des Völkerrechtes gebunden. Deren Verletzung zieht den Einspruch des betheiligten auswärtigen Staates und eventuell von dessen Seite völkerrechtliche Zwangsmittel nach sich. Aber auch ohne eine Rechtsverletzung zu enthalten, können Ausweisungen von dem fremden Staate als politisch unfreundliche Handlung betrachtet werden, eine Verschlechterung der politischen Beziehungen bewirken und entsprechende Gegenmaßregeln herbeiführen.

Die deutschen Einzelstaaten sind nun allerdings Subjekte des Völkerrechtes geblieben mit aktivem und passivem Gesandtschaftsrechte, mit der Befugniß, innerhalb der ihnen verbliebenen Sphäre staatlichen Handelns mit anderen Mächten in Unterhandlung zu treten und Verträge abzuschließen. Dies würde auch von der Fremdenpolizei gelten. Nur in den Fällen des Strafgesetzbuches erscheint das Reich als Subjekt des Ausweisungsrechtes, im Uebrigen steht die Ausweisung den Einzelstaaten zu, und sie haben auch dafür in den internationalen Beziehungen einzutreten. Allein jede Rechtsverletzung hat von der anderen Seite die völkerrechtlich zulässigen Zwangsmittel zur Folge. Durch deren Anwendung wird aber sofort das Reich in Mitleidenschaft gezogen, auch wenn sie sich nur gegen einen deutschen Einzelstaat richten. Selbst rein politische Maßregeln gegen einen deutschen Einzelstaat oder dessen Angehörige können, auch wenn von keiner Seite völkerrechtswidrig gehandelt ist, das Reich nicht unberührt lassen. Schon angesichts von Ausweisungen der Angehörigen eines deutschen Einzelstaates, die der fremde Staat als Retorsion oder Repressalie vornimmt, würden die Ausgewiesenen als Reichsangehörige den nach Art. 3 der Reichsverfassung allen Deutschen im Auslande

gleichmäßig zustehenden Schutz des Reiches in Anspruch nehmen können. Das letzte Zwangsmittel des Völkerrechts ist aber immerhin der Krieg, und dieser kann sich nicht gegen einen deutschen Einzelstaat richten, ohne gleichzeitig einen Angriff auf das Reichsgebiet zu bilden.

Die Zuständigkeit des Reiches im Verhältnisse zum Einzelstaate stützt sich aber nicht nur auf die ausdrücklich in Art. 4 der Reichsverfassung enthaltenen Ermächtigungen, sie ergiebt sich vielmehr aus der gesammten Vertheilung von Reichs- und Landesstaatsgewalt, wie sie durch die Reichsverfassung vorgenommen ist. Das gilt nicht nur von den Gesetzgebungsbefugnissen des Reiches, sondern auch von seinem Aufsichtsrechte.[11])

Wegen seiner eigenen völkerrechtlichen Beziehungen zum Auslande, wegen des Schutzes, den es dem Bundesgebiete und allen Reichsangehörigen schuldet, muß das Reich eine Controle darüber für sich in Anspruch nehmen, wie die Einzelstaaten das reichsrechtlich nicht geregelte Ausweisungsrecht ausüben. Diese Controle läßt sich nicht durch den Einwand des Einzelstaates beseitigen, daß er nur dem Völkerrechte gemäß handle, und deßhalb ein Einspruch oder gar die Anwendung völkerrechtlicher Zwangsmittel seitens der fremden Macht nicht zu besorgen sei. Wie weit Ausweisungen völkerrechtlich zulässig sind, kann im einzelnen Falle außerordentlich zweifelhaft sein. Die Ansicht des ausweisenden Staates wird sich nicht immer mit der der betheiligten fremden Macht decken. Und selbst völkerrechtlich unanfechtbare Ausweisungen können eine Rückwirkung auf politische Beziehungen des Reiches ausüben. Deßhalb muß das Reich von Anfang an in der Lage sein zu prüfen, inwieweit es sich mit der Ausweisungspolitik eines Einzelstaates identifiziren und diesen nöthigenfalls mit seiner Macht decken will. Die selbstständige Politik eines Einzelstaates, die Verwicklungen mit dem Auslande zur Folge haben kann, braucht jedenfalls das Reich nicht zu dulden, weil dadurch in sein eigenes verfassungmäßiges Recht und gleichzeitig seine Pflicht, dem Auslande gegenüber die Gesammtheit zu decken, eingegriffen werden würde. Damit ergiebt sich die Zulässigkeit einer allgemeinen Controle der Fremdenpolizei der Einzelstaaten durch das Reich, mag der Sinn der

---

11) Vgl. Hänel, Deutsches Staatsrecht Bd. 1, Leipzig 1892, S. 304. Die Aufsicht geht nach ihm soweit wie die Gesetzgebungsbefugniß mit dem „eine Ausnahme nicht begründenden Vorbehalt, daß, soweit die verfassungsmäßigen Kompetenzen eine Rückwirkung auf die kompetenzfreien Verwaltungsgebiete ausüben, wie dies z. B. die völkerrechtlichen Befugnisse auf die inneren Gesetzgebungszweige der Einzelstaaten zutreffenden Falles thun, soweit auch die Beaufsichtigung des Staates sich erstreckt.“

„Beaufsichtigung“ und der „Fremdenpolizei“ im Sinne des Art. 4 der Reichsverfassung sein, welcher er will.

Aus dem Controlrechte des Reiches folgt aber noch nichts dafür, welches Organ zuständig ist.

Ein kaiserliches Recht liegt hier nicht vor.

Zwar hat der Kaiser nach Art. 11 der Reichsverfassung das Reich völkerrechtlich zu vertreten, so daß dem Auslande gegenüber als Träger der Reichsgewalt nur der Kaiser in Betracht kommt. Aber hier handelt es sich um das Verhältniß von Reich und Einzelstaat. Welche Maßregeln der Reichsgewalt gegenüber den einzelnen Staaten die völkerrechtliche Vertretung des Reiches nach außen nothwendig macht, ist eine besondere Frage des inneren Staatsrechtes. Trotz der Befugniß des Kaisers zur Kriegserklärung kann er daher z. B. das bayerische Heer nicht selbst mobilisiren.

Nach Art. 17 der Reichsverfassung steht ferner dem Kaiser die Ueberwachung der Ausführung der Reichsgesetze zu. Um eine Ausführung von Reichsgesetzen handelt es sich aber nur bei Ausweisungen nach Maßgabe des Strafgesetzbuches, die schwerlich jemals zu internationalen Konflikten führen können. Im Uebrigen ist das Ausweisungsrecht reichsrechtlich nicht geregelt. Die Einzelstaaten handeln entweder nach Maßgabe landesgesetzlicher Bestimmungen oder innerhalb des Kreises der gesetzlich überhaupt nicht geregelten freien Verwaltung. Hier kann also von einer Ausführung von Reichsgesetzen, deren Ueberwachung dem Kaiser zustände, nicht die Rede sein.

Irgend welche sonstigen kaiserlichen Befugnisse kommen gleichfalls nicht in Frage. Der Kaiser kann also nicht das zuständige Reichsorgan sein.

Der Reichskanzler bildet nicht selbst einen der verfassungsmäßigen Faktoren des Reiches, sondern nur das verantwortliche Organ des Kaisers für die Reichsregierung und die Spitze der eigenen Reichsverwaltung, die durch ihn unter dem Kaiser steht. Schon aus diesem Grunde kann der Reichskanzler nicht weitergehende Befugnisse haben als der verfassungsmäßige Faktor der Reichsgewalt, dem er dient, der Kaiser.

Trotz der Ueberordnung des Reiches über den Einzelstaat besteht daher keine Ueberordnung der Reichsverwaltung über die einzelstaatliche Verwaltung, sondern Beide sind einander nebengeordnet. Nur soweit die Landesbehörden Reichsgesetze ausführen und somit als mittelbare Organe des Reiches handeln, kann der Reichskanzler als Organ des Kaisers ihre Thätigkeit überwachen.[12] Die Ueberordnung beschränkt sich also auf

12) Vgl. Laband a. a. O. Bd. 1, S. 675 ff.

die Kontrolle der Gesetzmäßigkeit der Landesverwaltung, soweit diese Reichsrecht anzuwenden hat. Im Uebrigen stehen Reichsverwaltung und Landesverwaltung außerhalb jedes organischen Zusammenhanges. Bismarck hat sich stets auf das Entschiedenste der Forderung nach verantwortlichen Bundes- und Reichsministerien im Sinne der einzelstaatlichen Verwaltung, d. h als obersten Abschlusses der Verwaltungsorganisation widersetzt, weil dies zu einer Mediatisirung der Einzelstaaten führen würde. Entgegen den ursprünglichen Plänen ist dann allerdings unter dem Reichskanzler eine oberste Reichsverwaltung begründet worden, aber ohne ihr die einzelstaatliche Verwaltung unterzuordnen. Reichsverwaltung und Landesverwaltung bewegen sich im Allgemeinen nebeneinander wie zwei concentrische Kreise, die sich nirgends berühren. Der Reichskanzler wird daher wohl darauf hinweisen können, wenn aus der einzelstaatlichen Politik Mißstände für das Reich zu erwachsen drohen. Irgendwie selbst zu handeln, ist die Reichsregierung gar nicht in der Lage, soweit nicht die mangelhafte Ausführung von Reichsgesetzen, im vorliegenden Falle also die Ausweisung auf Grund des Strafgesetzbuches in Betracht kommt. Nur auf dem Gebiete der eigenen Reichsverwaltung kann aber eine sogenannte parlamentarische Verantwortlichkeit des Reichskanzlers und seiner Vertreter dem Reichstage gegenüber bestehen. Rechtsbeständigkeit und Tragweite dieser parlamentarischen Verantwortlichkeit ist ja überhaupt sehr problematisch. Daß der Reichstag kein Mittel hat, sie durch ein Mißtrauensvotum, das den Rücktritt des Reichskanzlers bedingte, oder anderweit zur Geltung zu bringen, ist zweifellos. Gleichwohl hat sich ein festes Herkommen dahin entwickelt, daß die Reichsregierung gelegentlich der Etatsberathung oder auf Grund besonderer Interpellationen dem Reichstage über ihre Politik Auskunft ertheilt und sie vertritt. Hierfür die Anerkennung des Reichstages zu gewinnen, muß der Reichsregierung angesichts der beständigen Wechselbeziehungen zwischen Regierung und Gesetzgebung erwünscht sein. In diesem Sinne kann man von einer parlamentarischen Verantwortlichkeit des Reichskanzlers überhaupt sprechen. Diese geht natürlich nur soweit wie seine Zuständigkeit. Sie erstreckt sich daher auf die Ueberwachung der Ausführung der Reichsgesetze, soweit diese der Landesverwaltung anheimfällt, und im Uebrigen nur auf die eigene Verwaltung des Reiches. Wo dagegen Jemand zu handeln gar nicht befugt ist, kann er auch nicht mehr verantwortlich sein. Ein Versuch des Reichstages, bei der Etatsberathung oder durch Interpellationen den Reichskanzler verantwortlich zu machen für Handlungen einer einzelstaatlichen Regierung, die nicht zur Ausführung von Reichsgesetzen dienen sollen, bedeutet daher nichts anderes als verfassungswidrig den Reichs-

kanzler zum Vorgesetzten der einzelstaatlichen Ministerien heraufzuschrauben und damit die einzelstaatliche Verwaltung zu mediatisiren. Aus diesem Grunde, nicht wegen mangelnder Zuständigkeit des Reiches überhaupt, erscheint eine Befugniß des Reichstages, einzelstaatliche Ausweisungen mit Ausnahme solcher auf Grund des Reichsstrafgesetzbuches seiner Beurtheilung zu unterwerfen, ausgeschlossen.

Ist eine Controlbefugniß des Reiches über die einzelstaatlichen Ausweisungen begründet, steht aber die Ausübung dieser Befugniß nicht dem Kaiser und aus diesem Grunde weder der Reichsregierung noch dem Reichstage zu, so bleibt nur der Bundesrath übrig. In der That ist dieser auch einzig möglich. Die einzelstaatliche Verwaltung wird nicht durch ein über ihr stehendes Reichsministerium mediatisirt, wohl aber ist sie, soweit das rechtlich geschützte Interesse des Reiches gegenüber den Einzelstaaten in Betracht kommt, den Beschlüssen des Bundesrathes unterworfen.

Diese Zuständigkeit beruht nicht etwa auf der allgemeinen Erwägung, daß seine Mitglieder als Vertreter der Einzelstaaten das Organ bilden, das dem Collectivsouverän des Reiches, der Gesammtheit der verbündeten Regierungen, am nächsten steht, und daß deshalb im Zweifel eine Vermuthung für seine Zuständigkeit spricht. Denn als verfassungsmäßiges Reichsorgan hat auch der Bundesrath nur die ihm durch die Reichsverfassung beigelegten Befugnisse.

Aber nach Art. 7 der Reichsverfassung soll der Bundesrath beschließen über Mängel, welche sich bei der Ausführung der Reichsgesetze herausstellen. Noch nach der Verfassung des Norddeutschen Bundes war dem Bundesrathe als Nachfolger der Generalkonferenzen des alten Zollvereins die entsprechende Befugniß in Art. 37 Nr. 2 nur beigelegt auf dem Gebiete der indirekten Steuern. Mängel, welche die Controlbeamten in der einzelstaatlichen Verwaltung der indirekten Steuern feststellten, hatten sie der Generalkonferenz und demnächst dem Bundesrathe anzuzeigen, der darüber beschloß. Erst die Reichsverfassung hat diese Zuständigkeit des Bundesrathes über das Gebiet der indirekten Steuern hinaus erweitert und ihm die Beschlußfassung in allen Fällen beigelegt, in denen sich bei der Ausführung der Reichsgesetze Mängel herausstellen. [13]

Um einen solchen Fall handelt es sich hier. Das Reich hat verfassungsmäßig den Schutz des Bundesgebietes und aller Reichsangehörigen dem Auslande gegenüber zur Aufgabe. Der Ausführung dieser

---

13) Vgl. Laband a. a. O. Bd. 1, S. 225 ff.

Verfassungsbestimmung kann die Fremdenpolitik der Einzelstaaten Schwierigkeiten bereiten. Es stellt sich demnach in der Verwaltungsthätigkeit des Einzelstaates ein Mangel für die Ausführung des Reichsgesetzes heraus, obgleich jene Verwaltungsthätigkeit selbst gar nicht Ausführung der Reichsgesetzgebung ist. Der Kaiser, dem die Ueberwachung der Ausführung der Reichsgesetze obliegt, konnte deßhalb dem Einzelstaate gegenüber nicht eingreifen, wohl aber vermag es der Bundesrath, der allgemein über die bei der Ausführung sich herausstellenden Mängel zu beschließen hat. Denn der Mangel kann eben nicht bloß in der fehlerhaften Durchführung des gesetzgeberischen Willens durch ein Organ des Reiches oder des Einzelstaates liegen, sondern auch in Handlungen und Einrichtungen der Einzelstaaten innerhalb der diesen sonst zur freien Bethätigung verbliebenen Sphäre, welche sich mit der Erfüllung der verfassungsmäßigen Aufgaben des Reiches in Widerspruch setzen.

Die Mitglieder des Bundesrathes können nun allerdings im Reichstage erscheinen und müssen hier jederzeit gehört werden. Aber sie haben als solche keinerlei politische Verantwortlichkeit gegenüber dem Reichstage. Eine solche ist dadurch ausgeschlossen, daß sie die Ansicht ihrer Regierung zu vertreten haben und nach Instruktionen stimmen. Nur bei den Mitgliedern der Reichsregierung tritt diese Eigenschaft, obgleich sie ihre Berechtigung zum Erscheinen im Reichstage nur aus der Mitgliedschaft des Bundesrathes herleiten, vor ihrem Charakter als preußische Bundesrathsbevollmächtigte in den Vordergrund. Im Uebrigen kann die einzelstaatliche Regierung für ihr Verhalten im Bundesrathe unter Umständen von ihrem Landtage, aber nie vom Reichstage verantwortlich gemacht werden. So ist auch von diesem Gesichtspunkte aus jede Zuständigkeit des Reichstages ausgeschlossen.

Alfred Pernice.

Die sogenannten res communes omnium.

Die hergebrachte Lehre von den sog. res communes ominum geht davon aus, daß gewisse 'Sachen' nicht der Herrschaft eines Einzelnen unterworfen werden können; sie sind dem gemeinsamen Gebrauche aller Menschen hingegeben; denn wegen ihrer natürlichen Beschaffenheit ist eine andere Verwendung ausgeschlossen. Hinter dem Gemeingebrauche steht nicht ein Eigenthumsrecht, das unter Umständen von Bedeutung werden könnte; sondern es gilt hier bloß die Rechtsregel, wonach diese Sachen dem Gemeingebrauche bestimmt sind. Die so gearteten 'Sachen' sind die Luft, die Wasserwelle, das Meer und die Meeresufer. Es ist indes zulässig, daß an Theilen dieser Sachen durch Ausscheidung für einen Privaten Eigenthum begründet werde. Sein Recht besteht dann solange, als die thatsächliche Abhängigkeit des Stückes erlaubterweise dauert.[1]

I.

Diese Lehre beruht auf einer Ausführung Marcians in seinen Institutionen.[2] Von diesem Werke sind uns 142 zum Theil ziemlich lange Bruchstücke erhalten, so daß wir im Stande sind, uns eine Vorstellung von seinem Inhalte und seinem Wesen zu machen. Es gab in 16 Büchern eine Uebersicht des römischen Privat- und Staatsrechts in Form eines Kommentars zu den einzelnen Gesetzen. Sicher war es also kein Lehrbuch zur Einführung in das Rechtsstudium, wie die Institutionen des Gaius oder des Florentin. Das anzunehmen verbietet schon der Umfang. Aber auch sonst ist es nicht so geschrieben, als wäre es für diesen Zweck bestimmt. Die Darstellung führt tief in die positiven Einzelheiten hinein;

1) Statt Aller Windscheid, Pand. 1 § 146 S. 410.

2) fr. 2 de div. rer. 1, 8: quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur. et quidam naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris.

sie hält sich dabei vorzugsweise an kaiserliche Verordnungen aller Art, namentlich auch an Mandate; die Erlasse aus severischer Zeit sind begreiflicherweise die zahlreichsten. Alle diese einzelnen Bestimmungen werden nicht unter allgemeinen Gesichtspunkten zusammengefaßt und geordnet, sondern als Regeln, vielfach wörtlich, aneinandergereiht. Daneben aber finden sich allgemeine Erörterungen über Grundbegriffe. Und da greift der Verfasser mehrfach über das Gebiet der positiven Rechtswissenschaft hinaus und knüpft an philosophische Anschauungen an. So wird bei Entwicklung des Rechtsbegriffes ausdrücklich auf Demosthenes und Chrysipp verwiesen.[3] In derselben Richtung liegt es, daß sich Marcian zweimal auf Homer, einmal auf Virgil beruft. Alle drei Belege sind ziemlich gewaltsam herangezogen; sie beweisen im Grunde nichts oder nur das ohnehin Feststehende.[4] Diese Verweisungen sind offenbar auf die 'allgemeine Bildung' der Leser berechnet, die benutzt und gefördert werden soll; die brachte die vornehme Jugend aus den Rhetoren- und Philosophenschulen mit. Auf der anderen Seite enthält das Buch viel Gedächtnißmäßiges, das für die gerichtliche Praxis unmittelbar zu verwerthen ist. Und diese Praxis wird von Marcians Schülern sicher im Sinne des kaiserlichen Hofes gehandhabt werden. Der Vortrag ist überall elegant, hier und da gehoben: das Buch ist, wie mir scheint, besonders rein geschrieben und sorgfältig abgefaßt. Alles das vereinigt sich zu dem Gesammteindrucke, daß das Werk als Lern- und Nachschlagebuch für angehende kaiserliche Verwaltungsbeamte gedacht war. So sollen Quintilians institutiones oratoriae eine Anleitung zur Redekunst sein.[5] Aber manche ihrer Ausführungen sind für Knaben (pueri) zu hoch;[6] sie sind für boni et studiosi iuvenes bestimmt,[7] d. h. für solche, denen

---

3) fr. 2 de leg. 1, 3 (fr. 44 L.).

4) a) fr. 1 § 1 de medon. 39, 6 (fr. 141 L.) wird der bekannte Satz von der Todesschenkung: der Schenker will den Beschenkten lieber als den Erben und sich lieber als den Beschenkten (fr. 35 § 2 eod.; Labeo 3, 267 f.) mit der Stelle aus der Odyssee 17, 78 ss. belegt: *εἴ κεν ἐμὲ μνηστῆρες .. λάθρῃ κτείναντες πατρώια πάντα δάσονται, αὐτὸν ἔχοντά σε βούλομ' ἐπαυρέμεν, ἤ τινα τῶνδε· εἰ δέ κ' ἐγὼ τούτοισι φόνον καὶ κῆρα φυτεύσω, δὴ τότε μοι χαίροντι φέρειν πρὸς δώματα χαίρων.* Das ist unzweifelhaft ein sehr gebildetes Citat. b) Weniger glücklich ist fr. 65 § 4 de leg. 3 (fr. 121 L.): die Bezugnahme auf Od. 13, 407 sq. um zu beweisen, daß die Schweine Hausthiere sind. c) fr. 6 § 5 de rer. div. 1, 8 (fr. 74 L.) wird auf Virgil verwiesen (gemeint ist Aen. 3, 303 oder 6, 505), um darzuthun, daß das Kenotaphium eine res religiosa sei (Sakralrecht 1, 13. A. 5; SB. d. Ak. 1885 S. 1185).

5) Quintilian inst. praef.

6) inst. 8, 6. 13.

7) eod. 6 pr. § 1; 12, 11. 34.

man Vorkenntnisse und eine gewisse Reife zutrauen kann. Eine Art Aehnlichkeit der Anlage zwischen den Werken Quintilians und Marcians wird sich nicht leugnen lassen: sie liegt namentlich in der Verbindung allgemeiner Erörterungen mit bestimmten praktischen Anweisungen und konkreten Beispielen.

II.

Zu den allgemeinen Ausführungen Marcians gehört auch die über das Wesen der Sachen, insbesondere der res c. o. Sie ist in Justinians Institutionen aufgenommen worden; sie erschien also zu Lehrzwecken als besonders geeignet. Aber sie ist von den Kompilatoren in den Institutionen und in den Digesten abgeändert: und nicht zu ihrem Vortheile.

Marcian unterscheidet 'gemeinsame Sachen Aller', Sachen einer Gemeinschaft (universitas), herrenlose Sachen (res nullius), Sachen im Eigenthume Einzelner (singulorum). Die Institutionen [8] schieben hinter den res communes o. noch die im Gemeingebrauche stehenden öffentlichen Sachen ein, als eine selbständige Klasse; denn diese sind mit dem quaedam publica gemeint: Beispiele sind Flüsse und Häfen. Dadurch sind diese öffentlichen Sachen vom Staatseigenthume losgelöst und neben ihm verselbständigt. [9] Die Kompilatoren haben in den Digesten etwas Aehnliches durch Verschiebung der Fragmente zu erreichen gesucht: in diesen Anfängen ihres Werkes kann man das ihnen schon zutrauen. Sie haben aber nur Verwirrung gestiftet. Sie lassen den Marcian von den res communes sprechen; dann plötzlich erklärt er: Flüsse und Häfen seien fast alle 'öffentlich' (fr. 4 § 1), und die Kompilatoren fügen aus Gaius bei (fr. 5 pr.), auch die Flußufer stünden im öffentlichen Gebrauche. Darauf wird (fr. 5 § 1) auf Meer- und Seeufer zurückgegangen, und daran schließen sich dann erst die Sachen im Gemeindeeigenthume. Es scheint mir klar, daß Flüsse und Häfen absichtlich vorweggenommen sind, und daß die Darstellung durch Streichungen in ein anderes Licht gerückt ist: man wollte die Staatssachen im Gemeingebrauche den res c. o. mög-

---

8) fr. de rer. div. 2, 1: quaedam enim naturali iure communia sunt omnium, quaedam publica, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur.

9) Bemerkt hat man die Aenderung in den Institutionen natürlich längst. Man hat sie durch Konjektur beseitigen wollen: quae eadem publica (Hotmann z. d. St.); oder man hat die Worte für Einschub erklärt: die res publicae seien eben res communes (Noodt, probabilia l. 1, c. 8). Dagegen ausführlich und für eine Verderbniß des Textes Wächtler, opuscula p. 211 sq. (Er will fr. 6 pr. auf Flußufer beziehen.)

lichst annähern; man spielte mit dem Worte publicus, das öffentlich und staatlich bedeuten kann.[10]

Richtig ist vielmehr, daß sich die res c. o. wesentlich von den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauche unterscheiden, theoretisch wie praktisch. Die res publicae stehen im Staatseigenthume; sie sind der allgemeinen Benutzung ausdrücklich durch ein Edikt überwiesen (publicatio, dedicatio), oder die Ueberweisung wird fiktiv vorausgesetzt. Das Recht der Benutzung geht eben nur soweit, als die Publikation gestattet; sie ist von der Erfüllung bestimmter Erfordernisse abhängig. Zunächst steht das Recht nur den Bürgern zu; diese werden mit der a. iniuriarum gegen Störung im Gemeingebrauche geschützt; denn durch diese wird geradezu ihre Bürgerstellung und Bürgerehre angetastet. Privatbefugnisse an diesen Sachen sind nur in Form servitutähnlicher Nutzungsrechte denkbar: sind sie durch staatliche Bewilligung oder unvordenkliche Zeit einmal begründet, so sind sie endgiltig für alle Zeit erworben; nur müssen sie in der Ausübung hinter den Bedürfnissen des Gemeingebrauches zurückstehen.[11]

Ganz anders die res c. o. Sie sind, so sagt Marcian, 'nach dem Naturrechte', also nach ihrem Wesen, selbstverständlich für die allgemeine Benutzung bestimmt; sie 'gehören' Allen, nicht bloß den Bürgern, sondern der gesammten Menschheit. Die Freiheit der Benutzung geht soweit, daß wer im Meere oder auf dem Gestade baut, Herr des Bodens wird, also Privateigenthum daran erwirbt. Das Recht dauert aber nur so lange, als die thatsächliche Herrschaft währt; wird das Gebäude zerstört, so fällt Grund und Boden 'wie durch postliminium' in den früheren Zustand zurück und wird wieder okkupationsfähig. Solange aber das Recht besteht, muß es der Gemeingebrauch achten und schonen: Niemand darf gehindert werden, des Fischfangs wegen an die See zu gehen; nur darf der Fischer die Häuser und die Anlagen auf dem Gestade nicht schädigen.

Die Unterschiede zeigen sich fast in jedem einzelnen Punkte. Die Besonderheiten aber liegen bei den res c. o. Hier fällt es auf, daß die Staatsgewalt vollständig ausgeschieden wird, daß eine Rücksicht waltet

10) Das hat denn auch seine Früchte getragen. Das Eigenthum des Staates an den öffentlichen Flüssen wird fast durchgängig geleugnet: sie sollen von der Natur zum Gemeingebrauche bestimmt sein (Windscheid, Pand. 1 § 146 S. 412). Daß was den Flüssen recht ist, den Häfen billig sein müßte, wird nicht weiter beachtet. Vgl. übrigens die Anordnung der Fragmente 67 sqq. des Marcian bei Lenel.

11) fr. 15 § 1 de aq. pl. 39, 3; fr. 2 pr. § 10, § 15 sqq. neq. in loc. publ. 43, 8; fr. 5 § 4 quod vi 43, 24; fr. 1 § 23 de aq. pl.; fr. 3 § 4 de aq. cot. 43, 20.

auf alles, was Menschenantlitz trägt, die römischen Rechtsinstituten sonst nicht eigen zu sein pflegt. Die praktische Anwendung der Theorie be- beschränkt sich auf Meer und Gestade; Luft und Wasser treten ganz zurück.

III.

Woher diese Lehre stamme, wird uns nirgends gesagt; sie wird auf das ius naturale gegründet, und damit erscheint sie als selbstverständlich. Aber diese Begründung weist zugleich deutlich darauf hin, daß die Theorie von den res c. o. mit allgemeinen Anschauungen vom Wesen und Werden der Rechtsordnung zusammenhängt.

Den hier wirksamen Gedanken hat die Naturrechtslehre des 17. und 18. Jahrhunderts klar formulirt. Ursprünglich bestand unter den Menschen allgemeine Gütergemeinschaft, die sog. communio primaeva. Mit dem Wachsen der Menschenzahl, mit dem Zunehmen der Eigensucht und der Ehrsucht entstand das Privatvermögen, zuerst an den beweglichen Sachen, dann auch an Grund und Boden. Die Begründung des Eigenthums erfolgte durch Besitznahme und vertragsmäßige Anerkennung. Die Erde war damit aufgetheilt. Aber Meer, Wasser und Luft sind unvertheilt geblieben: sie widerstreben der Okkupation, auch durch die Völker.[12]

Unsere heutige Pandektenlehre steht allem Anscheine nach unbewußt auf dem Boden des Naturrechts, wie ihr das ja öfter begegnet. Auch ins römische Recht hat man die 'Urgemeinschaft der Dinge' ohne Weiteres hineintragen wollen.[13] Und in der That muß eine ähnliche Auffassung hinter Marcians Theorie stecken.

Es verbinden sich hier anscheinend zwei verschiedene Gedankenreihen, eine mehr volksthümliche und eine gelehrtphilosophische, um als Ergebniß diese Lehre hervorzubringen.

1. Zuerst kommt in Betracht die bei den römischen Schriftstellern der Kaiserzeit allgemein verbreitete Vorstellung von einem goldenen Zeitalter. Saturn hatte den Ackerbau eingeführt und gelehrt; aber noch war

12) So H. Grotius, de iure belli et pacis 2, 2. 2sqq. (ihm war diese Theorie für sein 'freies Meer' von höchstem Werthe); Noodt (probab. 1, 8) schließt sich ihm an und verwerthet die communio pr. für unsere Lehre, freilich im Einzelnen in sehr fragwürdiger Weise. Pufendorff (ius nat. 4, 4. 8sq.) will nur eine 'negative Urgemeinschaft' anerkennen. Die Sachen gehören nicht allen, sondern sie gehören keinem; so daß jeder sie gebrauchen, aber keiner für sich beanspruchen kann. Das paßt zu der Vorstellung Marcians vielleicht noch besser.

13) Janus a Costa zu pr. 2, 1 p. 140sq.: er erklärt die Institutionen einfach aus Grotius.

das Erdreich nicht zu Grundstücken abgegrenzt; die Feldmeßkunst war noch unbekannt; noch gab es nicht Herren und Knechte; jeder nahm die reichlich gedeihenden Früchte, wo er sie fand; die Thiere des Feldes und des Waldes waren gemeinschaftliches Gut.[14] Die neue Zeit — so lautet der Schluß — begrenzte die Aecker, es entstand Eigenthum an Grund und Boden, das feste Land wurde vertheilt.[15] Vom Wasser und vom Meere ist nicht die Rede: es erscheint selbstverständlich, daß sie allen gemeinsam bleiben, wie sie es von jeher gewesen sind. So nehmen die Dichter Luft und Licht, Wasser und Meer als allen gemein in Anspruch.[16] Das wird auch auf die Meeresufer ausgedehnt: den schiffbrüchigen Fremden, den Leichnam nicht auf dem Gestade zu dulden ist Barbarenart, widerspricht Völkersitte und frommem Brauche.[17]

2. Diese offenbar sehr weitverbreitete Phantasie verbindet sich mit der philosophischen Doktrin, mit der stoischen Lehre vom Gesammtstaate der Menschheit. Wie die populäre Vorstellung benutzt wurde, zeigt Seneca.[18] Er schildert den glückseligen Zustand der Frühzeit des Menschengeschlechts im Anschlusse an Verse Virgils; er stellt dem die spätere Herrschaft des Individualismus gegenüber und sucht so für seine stoische Lehre Stimmung zu machen.

IV.

Diese stoische Lehre ist allem Anscheine nach die eigentliche Quelle der Theorie Marcians gewesen. Er kannte die Staats- und Rechtstheorie der Stoiker; denn er stellt Chrysippus Definition des Rechtsbegriffes an die Spitze seines Werkes: der *νόμος* ist der natürliche Herrscher der göttlichen und menschlichen Dinge, also die die Natur durchdringende

---

14) Justin 43, 1. 3 sq. (..ut neque servierit sub illo quisquam, neque quidquam privatae rei habuerit, sed omnia communia et indivisa omnibus fuerint, velut unum cunctis patrimonium); Vergil Georg. 1, 126 sqq. (und dazu Servius); 2, 536 sq.; Aen. 8, 324 sq.; Macrobius 1, 8. 3 sq.; Lactantius inst. 5, 5.

15) Ovid met. 1, 135 sq.: communemque prius ceu lumina solis et auras cautus humum longo signavit limite mensos; Macrobius 3, 12: ex agrorum divisione inventa sunt iura (?).

16) Ovid met. 6, 350 sq.: usus communis aquarumst; nec solem proprium natura nec aera fecit nec tenues undas (die Wasserwelle, die Leto trinken will); Plautus rudens 975 (4, 3. 35): mare quidem commune certum est omnibus (nach Phönikides bei Athenäus 8, 353); Cicero p. Rosc. Am. 72.

17) Vergil Aen. 1, 540; 7, 229.

18) Seneca ep. 90, 34 sqq.

Vernunft.[19] Mit dieser Auffassung hängt aufs genaueste die Vorstellung von einem allmenschlichen Gemeinwesen zusammen: in diesem hat die über Zeit, Ort und Volk erhabene unwandelbare Rechtsvernunft (der nomos, die lex) ihr eigentliches Herrschaftsgebiet.[20] Die Menschheit wird durch den ihr inwohnenden natürlichen Trieb geeinigt und in der Vereinigung erhalten. Wie schon das seelenlose Wasser (*ἄψυχον*) zum Wasser drängt, so hängen noch mehr die Herdenthiere an ihres Gleichen; wie da erst die vernunftbegabten Wesen (*λογικὰ ζῷα*)? Der Mensch kann nie vom Menschen lassen.[21] Wenn die Menschengemeinde so aufgefaßt und begründet wird, so ist es klar, daß sie nicht bloß als ein Idealwesen gedacht war. Vielmehr erscheint sie den Stoikern als etwas Wirkliches und Wirksames; sie leiten aus dem rechtlich-sittlichen Zusammenhalte der Menschheit praktische Folgen her. Es werden geradezu zwei 'Staaten' unterschieden: der allgemeinmenschliche und der Bürgerstaat.[22] Der zweite wird grundsätzlich in seiner Daseinsberechtigung anerkannt[23] und die thätige Theilnahme am Staatsleben erfordert.[24] Aber bekanntlich machte man diese den Stoikern als einen Abfall von ihren Prinzipien zum Vorwurfe,[25] und in der That zieht sich der wahre Weise davon zurück.[26] Auf der anderen Seite findet es die Stoa nothwendig die Weibergemeinschaft und, was uns hier besonders angeht, die Gütergemein-

---

19) fr. 2 de leg. 1, 8 (fr. 44): sed et philosophus summae sapientiae Chrysippus sic nicipit libro quem fecit *περὶ νόμου: ὁ νόμος πάντων ἐστὶ βασιλεὺς θείων τε καὶ ἀνθρωπίνων πραγμάτων· δεῖ δὲ αὐτὸν προστάτην τε εἶναι τῶν καλῶν καὶ τῶν αἰσχρῶν καὶ ἄρχοντα καὶ ἡγεμόνα καὶ κατὰ τοῦτο κανόνα τε εἶναι δικαίων καὶ ἀδίκων καὶ τῶν φύσει πολιτικῶν ζῴων προστακτικὸν μὲν ὧν ποιητέον, ἀπαγορευτικὸν δὲ ὧν οὐ ποιητέον*; Cicero de leg. 1, 22 sq. (Die Ausführung ist dem Panätius entnommen: Schmekel, Philosophie der mittleren Stoa S. 77 ff., S. 63. J. A. Hildenbrand, Rechts- und Staatsphilosophie 1, 510 ff.

20) So folgert M. Aurel 4, 4: *εἰ τὸ νοερὸν ἡμῖν κοινὸν καὶ ὁ λόγος καθ' ὃν λογικοί ἐσμεν κοινός· εἰ τοῦτο, καὶ ὁ προστακτικὸς τῶν ποιητέων ἢ μὴ κοινός· εἰ τοῦτο, καὶ ὁ νόμος κοινός· εἰ τοῦτο, πολῖταί ἐσμεν· εἰ τοῦτο, πολιτεύματός τινος μετέχομεν· εἰ τοῦτο, ὁ κόσμος ὡσανεὶ πόλις ἐστίν.*

21) Seneca de otio 4, 1: duas respublicas animo complectimur, alteram magnam et vere publicam, qua dii atque homines continentur, in qua ... terminos civitatis nostrae cum sole metimur; alteram cui nos adscripsit condicio nascendi.

22) M. Aurel 9, 9 extr.: *θᾶσσον γοῦν εὕροι τις ἂν γεῶδές μηδενὸς γεώδους προσαπτόμενον, ἤπερ ἄνθρωπον ἀνθρώπου ἀποσχισμένον.* Göppert, Gesammtsachen S. 49 f.

23) Kleander bei Stobäus ecl. 2, 7. 116 p. 94; 11 i p. 103; 11 m p. 111 (w).

24) Laertius Diog. 7, 121: *πολιτεύεσθαι φασὶ τὸν σοφόν, ἂν μήτι κωλύῃ.*

25) Plutarch de repugn. Stoic. 3 sq.

26) Seneca de otio 5, 8; 6, 4; ep. 29, 11.

schaft als folgerichtige Konsequenzen ihres Systems ausdrücklich abzulehnen.[27] Sie sucht die Vereinigung in dem feinen Beispiele vom Theater: alle dürfen im Schauspiele sitzen und zusehen; aber wenn einer mal einen Platz hat, so darf ihn kein anderer verdrängen.[28] So ist's auch mit den Frauen und den Gegenständen des Eigenthums in der Welt.

Im Zusammenhange mit dieser Anschauung und mit der Lehre vom zweifachen Staate findet sich sogar für Sachen, die im Privateigenthume stehen, der Ausdruck publicus, statt communis, und der Gedanke wird dahin zugespitzt, daß die Grundstücke der einzelnen Privaten der gesammten Menschheit gehörten, wie die dem Gemeingebrauche überlassenen Sachen dem Staate.[29] Darum kann das Grundstück von seinem Besitzer nicht usukapirt, d. h. nicht zu freiem Eigenthume gewonnen werden.[30] So ist für alle Sachen, mindestens für alle Grundstücke ausgesprochen, was nach Marcian von den res c. o. gilt: eigentlich ist alles gemeinsam; hat aber einer die Herrschaft über eine Sache so erworben, daß er sie rechtlich ausübt, dann müssen die übrigen zurückstehen, solange die thatsächliche Unterwerfung dauert. Es steckt also dahinter der Gedanke der ursprünglichen Gemeinschaft der Güter: sie wird freilich mehr philosophisch vorausgesetzt, denn als geschichtliche Wahrheit angenommen; aber wegleugnen läßt sie sich nicht.[31]

Unsere Naturrechtslehrer beriefen sich für ihre communio primaeva auf die Bibel.[32] Die Rationalisten des Alterthums konnten sich nicht wohl

27) Die Weibergemeinschaft sollen Zeno und Chrysipp sogar zugelassen haben; Laert. Diog. 7, 28; 33.

28) Cicero de fin. 3, 67: sed quem ad modum theatrum cum commune sit recte tamen dici potest eius esse eum locum, quem quisque occuparit, sic in urbe mundove non adversatur, quo minus suum quidque cuiusque sit; Epiktet diss. 2, 4. 9: *ἄγε, τὸ δὲ θέατρον οὐκ ἔστι κοινὸν τῶν πάντων; ὅταν οὖν καθίσωσιν, ἐλθὼν, ἄν σοι φανῇ, ἔκβαλέ τινα αὐτῶν.*

29) Seneca ep. 88, 12: publicum est hoc, quod tenes (paternus ager et avitus), quod tuum dicis; publicum est et quidem generis humani.

30) Seneca bezieht sich hier und ep. 79, 6 auf die Rechtsgelehrten: negant iuris consulti quidquam publicum usu capi. Unsere Rechtsbücher sprechen von Sachen, die dem Aerare gehören (fr. 18. fr. 24 § 1 de usurp. 41, 3); aber die Formel war wohl die von Seneca aufgestellte (Gaius fr. 9 eod.).

31) Bei Cicero de off. 1, 21 ist die Sache handgreiflicher: sunt autem privata nulla natura, sed aut vetere occupatione.. aut victoria.. aut lege pactione condiciano sorte: ex quo fit ut ager Arpinas Arpinatium dicatur... similisque est privatarum possessionum discriptio et q. s.; Seneca ep. 90, 3. Man fühlt die populäre Vorstellung des saturnischen Reiches durch.

32) Genesis 1, 28, 30; 9, 22. Es wird den Menschen die Herrschaft über die Erde zugewiesen, erst im Paradiese, dann nach der Sintfluth, also dem Menschengeschlechte als solchem, nämlich allen, die da waren: Grotius 2, 2. 1.

auf die Dichterträume vom goldenen Zeitalter stützen. Sie suchen ihren Gedanken anders zu begründen. Freilich sind die Menschen jetzt vereinzelt. Aber sie stehen noch immer in einem Pflichtverhältnisse zu einander, in einem corpus ex distantibus. Und dies ist ein Rechtsverhältnis: denn es geht vom höchsten 'Gesetze' (nomos) aus.[33] Daher ist es selbstverständlich untersagt, einen Anderen zu eigenem Vortheile zu schädigen, ihm nützliche Dinge zu entziehen.[34] Aber darüber hinaus legt die Gemeinschaft noch positive Verbindlichkeiten auf (beneficentia). Der Mensch soll seinen Nächsten nicht bloß mit Rath und That unterstützen, 'den Irrenden auf den rechten Weg weisen', wie sogar ein attisches Sakralgesetz bestimmte; er soll ihm auch die Dinge, namentlich die Genußmittel gewähren, die dem Anderen nützlich sind und die er ohne Beschwerde entbehren kann.[35] Vor allem muß die Gemeinsamkeit der Güter, welche die Natur zum Gemeingebrauche der Menschen hervorgebracht hat, aufrechterhalten werden, so daß 'den Freunden alles gemein ist'. Das Feuer und das fließende Wasser zu nehmen, darf Niemand verhindert werden.

Diese unzweifelhaft der stoischen Lehre entnommenen Sätze[36] sind für die res communes omnium unmittelbar bedeutsam.

V.

So werden aus der Annahme einer in sich eng zusammengeschlossenen menschlichen Gesellschaft 'soziale' Pflichten hergeleitet, die mit dem Besitze an Grundstücken und dem Vermögen überhaupt unmittelbar verbunden, ihnen 'immanent' sind. Die Pflichten sind halb sittlicher halb rechtlicher Art: die Philosophie hatte es nicht nöthig scharf zu unterscheiden. Nun gilt es aber dies System mit der positiven römischen Rechtsordnung in Einklang zu bringen. Da bot sich der Weg, daß das Recht des Einzelnen als 'sozialgebundenes', von Rechtspflichten durchzogenes aufgefaßt wurde. Aber er war für die römischen Juristen völlig ungangbar. Denn der Schärfe ihrer privatrechtlichen Auffassung widerstrebte es ein für alle mal eine dingliche Befugniß mit persönlichen Ver-

33) Seneca ep. 102, 6: illi enim, per quos ista corpora efficiuntur, iure aut officio cohaerent natura diducti, et singuli sunt.

34) Cicero de off. 3, 22 sqq.

35) Cicero de off. 1, 50 sqq.; 3, 55.

36) Immerhin mag Cicero Worte hinzugethan haben, wie das Citat aus Ennius. Gedanken hat er gewiß nicht eingefügt. Vgl. Seneca de benef. 5, 29, wo die Ertheilung von gutem Rathe, die Erlaubniß zum Feueranzünden und zum Wasserschöpfen gleichfalls als beneficia zusammengestellt werden.

bindlichkeiten unlösbar verknüpft zu denken.[37] Und so bleibt nur der andere Weg, den Marcian wirklich einschlug. Die Sachen, die nach ihrem Wesen und nach allgemeiner Anschauung als solche der Privatherrschaft nicht unterworfen werden können, werden als 'außer Verkehr stehende' angesehen: sie 'gehören' der gesammten Menschheit. Darunter hat Marcian sicher nicht Eigenthum der Menschheit verstanden; denn diese Vorstellung ist juristisch nicht vollziehbar. Aber zu den herrenlosen hat er diese Sachen auch nicht gerechnet; denn von den res nullius werden sie genau unterschieden. Die damit geschaffene Unklarheit wird nicht gehoben durch den Satz: hat sich ein Einzelner ein Stück dieser 'Sachen' zu eigen gemacht, so wäre es widerrechtlich ihm diesen Vortheil wieder zu entziehen.[38] Denn 'in commercio' sind diese Theile auch wieder nicht; die Befugniß an ihnen ist von der thatsächlichen Gewalt abhängig. Man sieht, der Zusammenhang mit der philosophischen Lehre ist nicht glücklich und vollständig gelöst. Darum ist die juristische Konstruktion unsicher und undurchsichtig geblieben.

Eine weitere Schwierigkeit macht die Auswahl der als res c. o. zusammengestellten Sachen.

Es fehlen einige, die man erwarten könnte: Licht und Feuer und die Thiere in ihrer natürlichen Freiheit. Mitaufgezählt ist dagegen das Gestade lediglich als Anhängsel des Meeres. Gerade hier zeigt es sich, wie mir scheint, deutlich, daß der Ursprung der Lehre in der philosophischen Doktrin zu suchen ist.

1. Es ist natürlich bei der Zusammenstellung von Luft und Wasser an die vier Elemente zu denken. Wie sich aus ihnen die Welt aufbaut, so sind sie der menschlichen Herrschaft überhaupt entzogen. Die Erde mußte hier ausscheiden: denn sie ist ja gerade durch Auftheilung ins Privateigenthum der Einzelnen übergegangen. Luft und Wasser sind gemein geblieben; aber das Feuer wird nicht erwähnt. Und gerade für den Römer lag es besonders nahe das Feuer als res c. o. zu bezeichnen. Denn die aquae et ignis interdictio tritt erst dann in ihrer ganzen Bedeutung hervor, wenn man sie betrachtet als das Gebot dem Landsmanne die allergewöhnlichsten, jedem Menschen zu gewährenden Gebrauchsgegenstände zu verweigern. So geschieht es bei Cicero:[39] und

37) Vgl. statt aller Labeo 1, 108 f.

38) Vgl. Cicero de off. 1. 21: ex quo, quia suum cuiusque fit eorum, quae natura fuerant communia, quod cuique optigit, id quisque teneat; de quo siquis sibi appetit, violabit ius humanae societatis. Das wird hier freilich von den Sachen gesagt, die endgiltig ins Privateigenthum übergegangen sind.

39) Cicero de off. 1, 51 sq.

doch, fügt er hinzu, wiegt keine Gemeinschaft schwerer, keine steht dem Herzen näher, als der Staatsverband.[40]

Man kann über das Fehlen des Feuers nur Vermuthungen aussprechen. Der Aether (das Feuer) nimmt unter den Elementen der Stoiker eine besondere Stellung ein. Er wird mit dem Alles durchdringenden und Alles schaffenden Urgeiste, dem Pneuma, gleichgesetzt.[41] So wäre es denkbar, daß man das Feuer überhaupt nicht zu den 'Sachen' rechnen wollte. Es könnten aber auch Gründe mehr praktischer Art eingewirkt haben. Einmal stellt sich das Feuer nicht wie Luft und Wasser als faßbarer und nutzbarer Gegenstand dar, dessen Theile (darauf kommt es Marcian vorzugsweise an) zu Eigenthum erworben werden können: es wird als solches, wie das Licht, das damit gleich ist, nur verwerthet, nicht beherrscht. Und dann ist es ein Ding, das jeder sich selbst herstellen kann:[42] es ist nicht natürlich gebunden und nicht nur in begrenzter Menge vorhanden. Ich würde diese unbestimmten Vermuthungen nicht aussprechen, wenn sich daran nicht eine weitere Erwägung anknüpfte.

2. Es fehlen im Verzeichnisse der res c. o. die Thiere, die sich in ihrer natürlichen Freiheit befinden. Sie sind bekanntlich herrenlos:[43] das einzelne Thier darf von jedermann in Besitz genommen werden. Durch den Fang wird das Eigenthum begründet; aber die rechtliche Herrschaft währt nur solange, als die thatsächliche Herrschaft besteht.[44] Wo das Thier in Besitz genommen wird, ob auf eigenem oder auf fremdem Lande, macht keinen Unterschied. Der Grundbesitzer kann nur dem Jäger den Zutritt versagen.[45] Es ist also klar, daß das Wild genau so behandelt wird, wie die res c. o., wie insbesondere das Wasser. Denn wenn auch das Schöpfen aus dem öffentlichen Gewässer jedem freisteht, so ist doch der Zugang über privaten Grund und Boden nicht ohne weiteres gestattet: es giebt eine eigene Servitut, die das iter zum Flusse über fremdes Land vermittelt.[46] In der That stellt Neratius die Meeresufer mit dem Wilde geradezu auf dieselbe Stufe, und schließt von

40) § 57: omnium societatum nulla est gravior, nulla carior, quam ea, quae cum republica est unicuique nostrum. Dieser Satz ist anscheinend Ciceros eigenstes Werk: Schmekel S. 32.

41) Stobaeus Ecl. 1, 1. 29b p. 37; 10, 16c p. 129 W.; Diels, elementum S. 37 fg.

42) Seneca nat. quaest. 2, 22. 1.

43) fr. 1 § 1, fr. 3 pr. de ARD. 41. 1.

44) fr. 3 § 2. fr. 5 pr. § 1 sq., fr. 44 eod.

45) fr. 13 § 7 de iniur. 47. 10.

46) fr. 3 § 3 de SPR. 8 3.

der Behandlung des Wildes auf das Rechtsverhältniß an den Ufern.[47] Sonach kann der Ausschluß der ferae bestiae von der Zahl der res c. o. seinen Grund nicht in der Verschiedenheit des Rechtes haben, man muß ihn vielmehr in der philosophischen Theorie suchen.

Die stoische Physik läßt aus dem materiellen Urgeiste durch Verdichtung die vier Elemente hervorgehen.[48] Diese sind eben nur abgewandelte Erscheinungsformen der belebten Materie, also nothwendigerweise Einheitssachen, res unitae. So wird das Wasser als zweifellose Einheitssache hingestellt;[49] und ebenso betrachtet man die Luft, die Himmel und Erde miteinander verbindet, als ein Eines, corpus unitum.[50] Hieraus ergiebt sich aber offensichtlich, daß man die wilden Thiere hier nicht mit nennen durfte. Sie bilden nicht einmal ein corpus ex distantibus; denn das bezeichnende Merkmal an ihnen ist eher die Vereinzelung, als der herdenmäßige Zusammenhalt. Nur da wird von der Stoa eine solche Gesammtsache anerkannt, wo die Stücke durch ihren eigenen Trieb vereinigt werden und bleiben.[51]

3. Gewiß hat es mit der Philosophie nichts zu thun, wenn Meer und Meeresufer als besondere res c. o. hierher gerechnet werden. Daß das Meer frei und allen Menschen zur Benutzung überlassen sei, war eine althergebrachte Anschauung: man konnte sie nicht beseitigen, sondern nur ‘civilisiren’. Und so wurde der Satz in die Theorie mit aufgenommen. Denn der stoischen Lehre widersprach es nicht: ihr ist das Meer etwas Einheitliches, das um die Erde ausgegossene Wasser, aus dem Inseln und Festländer hervorragen.[52]

4. Das Meeresufer wird mit einem ‘und daher’ (per hoc) hinzugefügt. Diese sehr dürftige Begründung kann man nur als genügend ansehen, wenn damit auf eine allgemein zugestandene und anerkannte Thatsache hingewiesen werden soll. Das muß aber die sein, daß das Gestade wie

---

47) fr. 14 de ARD. 41, 1.

48) Schmekel S. 293 f. (Posidonius).

49) Seneca nat. quaest. 2, 7. 2: sed falluntur (die die Luft in Atome zerlegen): nam aquarum quoque similis facilitas est (daß man darin schwimmen kann, wie in der Luft fliegen), nec de unitate illarum dubium est.

50) Seneca, nat. quaest. 2, 2, 4: . . . ad naturam corporis nulla ope externa, sed unitate sua cohaerentis ex hac nota corporum aer est; 3, 21 aer . . . et caelo et terris cohaeret; utrique innatus est. habet autem unitatem quidquid alicuius rei nativa pars est; nihil enim nascitur sine unitate und darauf folgt eine ausführliche Polemik gegen die Atomenlehre.

51) Göppert, Gesammtsachen S. 51 ff.

52) Chrysipp bei Stobaeus ecl. 1, 21. 5 p. 182 W.; Seneca nat. quaest. 3, 14. 3; ad Marc. de consol. 18, 6.

der Meeresgrund[53] zum Meere gehört; das Ufer läßt sich nicht von der See trennen, es ist Bestandtheil oder Pertinenz. Das Ufer reicht bekanntlich soweit als die höchste Fluth geht;[54] bis zu dieser Grenze kann also das Uferland zeitweise wieder Meeresboden werden.

Das ist der philosophische Gedanke Marcians. Wie stehen dazu die anderen Juristen? Und wie weit entspricht ihm das positive Recht der klassischen Zeit?

VI.

I. Die Luft bezeichnen die Klassiker als 'allen gemein', communis omnium; die Benutzung steht allen frei, omnibus patet. Der Ausdruck res c. o. für sie kommt sonst nirgends vor. Natürlich handelt es sich dabei um den 'Luftkörper' der Stoiker, die einheitliche die Erde umgebende Luftmasse. Praktische Folgerungen ziehen die Juristen aus der 'Gemeinheit' der Luft nicht. Es hätte wohl geschehen können. Einmal wird mit der Freiheit des Meeres die Freiheit des Fischfanges begründet. Man hätte in ähnlicher Weise das Vogelstellen mit der Freiheit der Luft rechtfertigen können. Aber es wird nur auf die Herrenlosigkeit der Vögel verwiesen.[55] Es wäre ferner auch wohl zulässig gewesen die Zugehörigkeit der Luftsäule zum Grundstücke als eine Art von Okkupation des freien Luftraumes durch den Bodeneigenthümer hinzustellen. Die Juristen haben diese Erstreckung des Eigenthumes nie begründet, sondern immer vorausgesetzt.[56] So ist der Satz im Wesentlichen doktrinär geblieben; er hat aber dazu gedient, den Gemeingebrauch am Meere zu veranschaulichen und zu erklären.[57]

---

53) Das deutet freilich nur § 5 de rer. div. 2, 1 an.

54) Cicero top. 32; Celsus fr. 96 pr. de VS.; Jav. fr. 112 eod. (litus publicum).

55) Celsus Coll. 12, 7. 10; Pomp. fr. 9 § 4 fam. erc. 10, 2. In fr. 13 § 7 iniur. 47, 10 könnte man einen solchen Hinweis finden: et quidem mare commune omnium est . . sicuti aer, et est saepissime rescriptum non posse quem piscari prohibere, [sed nec aucupari] nisi quod ingredi agrum prohiberi potest. In der ganzen Ausführung handelt es sich um die Freiheit des Fischfanges im Meere. Der Zugang zum Meere muß gestattet werden. Da ist es sehr wirksam zu sagen: das Meer ist frei wie die Luft. Aber es verwirrt die ganze Gedankenfolge, wenn man den Vogelfang heranzieht und dessen Freigabe durch die Bemerkung abschwächt, daß der Grundeigenthümer sich freilich das Betreten seines Feldes verbitten könne. Wie das prohibere zu geschehen habe, ist bekanntlich unsicher. Ich meine, der ganze Satz ist eingeschoben: er fugt auch nicht mit dem vorangehenden.

56) Venul. fr. 22 § 4 quod vi 43, 24; fr. 8 § 5, fr. 14 § 1 si serv. 8, 5.

57) Celsus fr. 3 § 1 neq. in l. publ. 43, 8; fr. 13 § 7 de iniur. (A. 55).

II. Verwickelter liegen die Verhältnisse beim Wasser. Das ist die Wassersubstanz, die 'Wasserwelle'. Aber Marcian bezeichnet sein Gemeingut ausdrücklich als aqua profluens.[58] Das bedeutet in der juristischen und nichtjuristischen Litteratur, soweit meine Kenntniß reicht, das fließende im Gegensatze zum stehenden Gewässer.[59] Für éinen Fall scheint der Ausdruck althergebracht zu sein, bei der Strafe des Vatermörders: er wird gesäckt 'und in den Fluß', in profluentem, geworfen.[60] Das bedeutet in die Tiber; es ist also ein noch engerer Sprachgebrauch. Schwerlich ist Marcians Ausdruck aus dieser alten Formel entlehnt. Cicero spricht ebenfalls von aqua profluens, wo er im Anschlusse an die Stoa auseinandersetzt, daß man dem Mitmenschen Wasser, Feuer und guten Rath gewähren müsse.[61] Gemeint ist als res c. o., wie wir wissen, das auf der Erde 'ausgegossene' Wasser als Einheit gedacht, also das lebendige Wasser aus Flüssen und Quellen, nicht das in Teichen, Weihern und Behältern gesammelte und nicht das Regenwasser. Neben diesem 'Wasser' mußte Marcian das Meer nennen, weil es als Gemeingut einen besonderen Charakter hatte. Er mußte also das übrige Wasser durch eine besondere Bezeichnung davon unterscheiden. Daß er den Ausdruck profluens wählte, ist nicht glücklich, aber erklärlich. Einmal war das Wort schon ähnlich verwendet worden; und dann scheinen die Stoiker das Meer gerade als ein nicht fließendes, sondern nur fluthendes Gewässer aufgefaßt zu haben; es wird vom Winde, aber nicht durch eine Strömung bewegt.[62] Unleugbar geriet Marcian durch die gewählte Bezeichnung dem positiven römischen Rechte gegenüber einigermaßen ins Gedränge.

1. Das in Teichen stehende Gewässer ist nicht Gemeingut. Aber auch das Wasser der Landseen ist nicht aqua profluens. Wenigstens machen die Rechtsbücher keinen Unterschied. Es wird auch nicht gefragt, ob ein Fluß durch den See läuft, ob er einen natürlichen oder künstlichen sichtbaren Abfluß hat, oder nicht, wie der trasimenische See. Die

58) Bei diesem Ausdrucke setzt die Kritik Marcians ein, die Ossig (röm. Wasserrecht S. 49 ff.) geübt hat. Sie enthält viele gerechtfertigte Bemerkungen. Nur scheint mir der Schluß bedenklich, daß Marcian etwas schlechthin Unrichtiges vorgetragen habe.

59) Cicero ad Q. fr. 3, 1. 2: multis locis aquam profluentem; Livius 1, 4. 21: pueros in profluentem aquam mitti iubet; fr. 1 § 22 de aq. pl. 39, 3: natura profluentem aquam excipere (vgl. § 20).

60) An d. Herenn. 1, 23 sq.; Cicero de inv. 2, 149; p. Rosc. Am. 70 sq.: in flumen'.

61) Cicero de off. 1, 21.

62) Seneca nat. quaest. 3, 15; cons. ad Marc. 18, 7.

Seen werden also theoretisch mit den Teichen gleichgestellt. Aber sie werden praktisch nicht gleichbehandelt.

Die Seen stehen entweder im Eigentume des Staates[63] oder der Gemeinden[64] oder sie gehören Privatgrundbesitzern.[65] Die Fischerei wird verpachtet;[66] es werden Servituten am See bestellt, wie Schöpf- und Viehtränkegerechtigkeit[67] oder das Ueberfahrtsrecht.[68] Man kann nicht wohl bezweifeln, daß die öffentlichen Seen, wie die öffentlichen Flüsse, zum Tränken und Schwemmen des Viehes benutzt werden durften, um so mehr als hier der Zugang regelmäßig nicht durch Privatländereien versperrt war.[69] Ob dasselbe auch bei den Privatseen galt, z. B. bei dem von der Rutilia Polla angekauften lago di Bracciano, wissen wir nicht. Der Zugang kann auch hier öffentlich sein und das Ufer kann einem Anderen gehören als der See.[70] So ist es wenigstens möglich, wenn nicht wahrscheinlich, daß Marcian durch die von ihm gewählte Bezeichnung das Wasser der Seen zu Unrecht von dem res c. o. ausschloß.

2. Auf der anderen Seite ist es auch nicht ohne Bedenken, die gesammte aqua profluens als Gemeingut in Anspruch zu nehmen.

a) Von den fließenden Gewässern stehen die Quellen (fontes) und die Bäche bekanntlich im Eigenthume der Grundbesitzer. Die Quelle ist pars fundi;[71] der Grundeigenthümer kann ihr Wasser ausschließlich für sich benutzen. Der Nachbar bedarf zur Mitbenutzung einer Servitut, der Wasserschöpfgerechtigkeit.[72] Das wird aber anders, wenn die Quelle so mächtig ist, daß sie als Bach, amnis, weiterströmt, der sog. fons manalis.[73] Hier hat der Oberlieger nicht die Befugniß das Wasser

63) Festus p. 121 (lacus Arvernus und Lucrinus); Servius Georg. 2, 164.

64) fr. 1 § 7 ut in fl. publ. 43, 14.

65) fr. 69 de CE. 18, 1; fr. 4 § 6 de cens. 50, 15.

66) fr. 13 § 7 extr. de iniur. 47, 10.

67) fr. 1 pr. § 1, § 4 de fonte 43, 22.

68) fr. 23 § 1 de SPR. 8, 3.

69) fr. 3 § 3 extr. eod.

70) fr. 69 de CE. c. (lacus Sabatinus); vgl. fr. 24 § 3 de aq. pl. 39, 3; fr. 12 pr. de ARD. 41, 1, nicht wegen der ‚Wogengewalt‘ (Kappeler, Wasserlauf S. 45), sondern weil der Wasserstand der Seen wechselt: Nissen, ital. Landeskunde 1, 297, II.

71) fr. 11 pr. quod vi 43, 24: portio enim agri videtur aqua viva. ‚aqua viva‘ ist das Quellwasser im Gegensatze zum gesammelten Regenwasser: fr. 1 § 4 de fonte 43, 22; Seneca nat. quaest. 3, 7. 3; Varro de lL. 5, 123: fons unde funditur e terra aqua viva,

72) fr. 1 § 1 de fonte 43, 22; fr. 3 § 3, fr. 20 § 2 de SPR. 8, 3; fr. 1 § 6 de aq. cot. 43, 20.

73) Festus v. manalis p. 157.

aufzustauen, abzuleiten oder für sich auszuschöpfen. Das gilt nur für Regen- und Tagewasser; aber nicht von dem Fließe. Den Anliegern ist ein unentziehbares Recht auf die Wassernutzung gesichert, wie etwa durch die Uebergabe einer öffentlichen Anlage an den Gemeingebrauch. Und ebenso steht es bei Privatflüssen. Man hat eine thatsächliche Unmöglichkeit des Eigenthums an der fließenden Wassersubstanz behauptet.[74] Aber mit Unrecht. Warum sollte man der verströmenden Wassersäule nicht auf das Nachbargrundstück folgen können? warum sollte man das Wasser nicht für sich behalten?[75] Vielmehr muß man sagen, daß der Grundeigenthümer die Herrschaft rechtlich nur auf seinem Gebiete hat, und daß er sie auch da nur mit Rücksicht auf die Unterlieger ausüben darf.[76] Von Servituten erfahren wir allerdings nichts. Aber das intd. de flumine publico wird beim flumen privatum ausgeschlossen: quia nihil differt a loco privato flumen privatum.[77] Das kann im Zusammenhange nur bedeuten, daß dem Eigenthümer des Flüßchens die gewöhnlichen Schutzmittel zustehen: actio negatoria, int. uti possidetis, allesfalls a. iniuriarum.[78]

b) Die öffentlichen Gewässer, die ‘Staatsflüsse‘, sind dem Gemeingebrauche überlassen zu Fischfang und Schifffahrt, zum Wasserschöpfen und Viehtränken.[79] Aber auch hier ist die gemeine Nutzung nicht unbeschränkt. Denn die Wasserableitung ist nicht schlechthin zulässig.[80]

74) Besonders Kappeler S. 46 f.

75) Dazu ist er sogar berechtigt nach Gesterding, Ausbeute 3, 356 ff.

76) Nach fr. 3 pr. de aq. pl. 39, 3 wäre die Sache ganz klar: si tamen aquam conrivat vel si spurcam quis inmittat, posse eum impediri plerisque placuit. Dieser Satz sagt dem Sinne nach: der unterliegende Grundbesitzer braucht es sich nicht gefallen zu lassen, daß der Oberlieger das Wasser aus verschiedenen Quellen zusammenleitet (conrivare: Seneca nat. quaest. 3, 19. 4) und so in zu starkem Strome oder verunreinigt durch seinen Gewerbebetrieb ihm zuführe: er hat dagegen a. negatoria. Indessen die Worte sind sehr verdächtig durch den Wechsel des Modus und des Subjekts, durch das eingeschobene quis und den Mangel der Angabe eines Rechtsmittels. Denn offenbar ist die Vorfluthsklage hier unzulässig. Der Satz hat schon viele Schwierigkeiten gemacht. Alles das setzt Burckhard-Glück 3, 152 ff. auseinander und sucht durch eine kühne Textänderung zu helfen.

77) fr. 1 § 4, § 10 de flum. 43, 12.

78) Nach unseren Rechtsbüchern läßt es sich nicht mehr feststellen, welchen rechtlichen Einfluß die Heiligkeit der Quellen und der Flußläufe übten (Seneca ep. 41, 3; Preller, röm. Mythologie 2, 136 ff. (Jordan). Der Quellenkultus mit dem daran hängenden Aberglauben dauerte auch in der Kaiserzeit weiter (Tacitus ann. 14, 22 extr.). Daher waren die Bäche wohl mindestens vor Verunreinigung geschützt. Bei den Juristen finden wir darüber nichts (Paulus 5, 4. 13; Labeo 2a, S. 40 A. 5).

79) fr. 5 pr. de rer. div. 1. 8.

80) Die Quellenstellen sind schwierig: ich möchte aber hier nicht auf sie ein-

Das hat seinen Grund darin, daß die Flüsse im Staatseigenthume stehen.[81] Dies wird zu Gunsten der Bürger nur soweit zurückgedrängt, als es der Allgemeinheit nicht schädlich ist.

So sind die Grenzen für die freie Benutzung auch des fließenden Wassers eng genug gezogen. Man sieht, daß Marcians Satz, das Wasser sei Gemeingut, mehr als doktrinär vorgetragen, denn als Prinzip für die praktische Gestaltung der Dinge aufgestellt ist. Man begreift, weshalb die Klassiker die Luft, nicht das Wasser, als Beispiel wählen, wenn sie eine Sache im Gemeingebrauche veranschaulichen wollen.

VII.

Ein ganz anderes Bild bietet das Meer als res c. o. Daß das Meer frei sei wie die Luft,[82] daher allen Völkern und allen Menschen offen, zugänglich und benutzbar, wird von den römischen Juristen wiederholt ausgesprochen;[83]) es ist die allgemeine Anschauung des Alterthums. Sie wird nirgends begründet: man darf aber vermuthen, daß es ein Satz des ius gentium ist, wie die Freiheit des Seegestades. Natürlich handelt es sich dabei um das Mittelmeer vom Bosporus bis zu den Säulen des Herkules. In der That sind Handel und Schifffahrt auf hoher See frei. Sie trugen schwere Lasten, Finanzzölle aller Art. Sie wurden auch thatsächlich gestört; ein Staat hindert den freien Handel, der ihm unbequem ist, mit Gewalt; er zwingt die Schiffe in den eigenen Hafen einzulaufen und da die Waaren zu löschen, die ihm wünschenswerth sind.[84] Aber Schutzzölle gibt es nicht: der Verkehr ist grundsätzlich unbeschränkt. Wenn Marcian nur diese Freiheit bezeichnen wollte, so hätte er praktisch vollkommen Recht.

Aber anders als mit der Hochsee steht es mit den Meerestheilen, die unmittelbar an das Gebiet der Küstenstaaten anstoßen; sie werden praktisch als zum Staatsgebiete gehörig angesehen, und zwar anscheinend

---

gehen; fr. 10 § 2 de aq. pl. 39, 3; Pomp. fr. 2 de flum. 43, 12 (fr. 793, mit einer kleinen Interpolation, wenn sie nicht weiter reicht, als Lenel annimmt); divi fratres fr. 17 de SPR. (der hier erwähnte Prätor hat mit dem Wasser nichts zu thun; Ubbelohde-Glück 4, 165 A. will non concedere von Verweigerung des Interdikts verstehen: das scheint mir nicht möglich).

81) Diese Auffassung stimmt nicht mit der herrschenden Ansicht; aber sie stimmt mit Dernburg (Pand. 1 § 73 A. 4). Und das ist mir genug.

82) fr. 13 § 7 de iniur. 47, 10.

83) fr. 3 § 1 neq. in l. publ. 43, 8; fr. 13 comm. pr. 8, 4.

84) Ich gehe auf das Einzelne nicht ein: Büchsenschütz, Besitz und Erwerb S. 542 ff.; Marquardt, Staatsverw. 2, 266 ff.

in weiterem Umfange als heutzutage die Küstengewässer. So wissen wir es von Athen,[85] Sinope,[86] Massilia,[87] Karthago.[88] Auf Grund dieser Hoheit war der Staat befugt, die Einfahrt fremder Kriegsschiffe in 'sein' Meer zu verbieten. Der Umfang dieses Gebietes wächst begreiflich mit der Macht des Uferstaates.

Darum bekommt das Mittelmeer ein anderes Aussehen mit der Begründung des römischen Reiches. Nach der Besiegung Karthagos und Makedoniens beherrschen die Römer das Mittelmeer vollständig; sie nennen es das 'ihrige' und üben darüber das imperium;[89] und sogar auf den Ocean, 'soweit er fahrbar ist', wird es ausgedehnt.[90] Praktisch wird dieser Gedanke verwerthet im gabimschen Gesetze: dies giebt dem Pompeius die prokonsularische Gewalt über das gesammte Meer innerhalb der Herkulessäulen und tief ins Festland hinein.[91] So kann man es nicht als bloße Redensart ansehen, wenn der Kaiser öfters als Herr der See und des Landes bezeichnet wird.[92] Für den Beamten, dem die prokonsularische Gewalt im ganzen Reiche zusteht, d. h. die Gewalt des römischen Staates in den Mittelmeerprovinzen, ist der Ausdruck nicht

85) Nach Athens Vertrage mit Argos sollen die Athener den Durchzug der Feinde nicht zu Lande gestatten *μηδὲ κατὰ θάλασσαν* (Thukydides 5. 17. 7), d. h. durch ihr Meer.

86) Strabo 4, 5 p. 189: (*ἀκροθίνια*) *ἃ ἔλαβον καταμαχοῦντες ἀεὶ τοὺς ἀμφισβητοῦντας τῆς θαλάττης ἀδίκως.*

87) Strabo 12, 11: *κατασκευασμένη δὲ ναυτικὸν ἐπῆρχε τῆς ἐντὸς Κυανέων θαλάττης*; vgl. Cicero de imp. Cn. Pomp. 54.

88) Bis zum 'Schönen Kap' sollten die römischen Kriegsschiffe nur fahren nach dem Vertrage mit Karthago: Polybius 3, 22, 5; 23, 1 sq.

89) Pomponius Mela 1, 1. 4 (bei ihm ist mare nostrum für das m. inferum geradezu technisch); nostra aequora (1, 2. 1; 5; 15, 2; 2, 6. 9) bezeichnet das ganze Mittel- und das schwarze Meer; Appian praef. 9: *θαλάσσης δὲ πάσης ἡγεμονεύουσι τῆς ἐντὸς οὔσης καὶ νήσων ἁπασῶν.*

90) Dionys 1, 3: *ἡ δὲ Ῥωμαίων πόλις .. πάσης κρατεῖ θαλάσσης οὐ μόνον τῆς ἐντὸς Ἡρακλείων στηλῶν, ἀλλὰ καὶ τῆς Ὠκεανίδιδος, ὅση πλεῖσθαι μὴ ἀδύνατός ἐστιν.*

91) Plut. Pomp. 25, 2: *ἐδίδου γὰρ ἄρχειν ὁ νόμος αὐτῷ τῆς ἐντὸς Ἡρακλείων στηλῶν θαλάσσης, ἠπείρου δὲ πάσης ἐπὶ σταδίους τετρακοσίους ἀπὸ θαλάσσης*; Appian Mithr. 94: *Πομπήιον αἱροῦνται νόμῳ στρατηγὸν αὐτοκράτορα εἶναι θαλάσσης τε ἁπάσης ἢ στηλῶν Ἡρακλείων ἐντός ἐστι καὶ γῆς ἀπὸ θαλάσσης ἐπὶ σταδίους τετρακοσίους ἄνω*; Vell. 2, 31. 2.

92) Philo leg. ad Gaium 21: (Tiberius) *τρία πρὸς τοῖς εἴκοσιν ἔτη γῆς καὶ θαλάττης ἀνημμένον τὸ κράτος*; ibid. 2: (*Γάιον*) *παρειληφότα τὴν ἡγεμονίαν πάσης γῆς καὶ θαλάττης ἀστασίαστον* (vgl. § 7). Val. Max. 1, praef.: penes quem hominum deorumque consensus maris et terras regimen esse voluit; Josephus b. Iud. 3, 402: *δεσπότης μὲν γὰρ οὐ μόνον ἐμοῦ σὺ Καῖσαρ, ἀλλὰ καὶ γῆς καὶ θαλάττης καὶ παντὸς ἀνθρώπων γένους.*

übertrieben. Gerade so betrachtet wird es klar, daß die Herrschaft über das Meer eben nur als imperium zu denken ist, nicht als Staatseigenthum: sie ist nur Befehls- und Verbotsgewalt. Daneben kann einmal 1. die Freiheit des Seeverkehrs sehr wohl bestehen. Das Mittelmeer ist dem Verkehre aller anwohnenden Völker vollständig freigegeben: Schifffahrt, Handel und Fischfang sind unbehindert. Man möchte fast vermuthen, daß dieser Satz die Grundlage für die Entwickelung des ius gentium geworden ist. Aber man gieng 2. sogar noch einen Schritt weiter: die im Meere neuentstehende Insel fällt ins Eigenthum dessen, der sie in Besitz nimmt:[93] dabei ist an Private, nicht an einen Staat gedacht. Die Okkupation einzelner Meerestheile durch Privatbauten bewirkt Erwerb des Eigenthums daran, solange der Bau besteht. Auch diese Folgen lassen sich aus der Freiheit der See ableiten.[94] Sie werden aber von den Juristen ausdrücklich damit begründet, daß die Insel und der Meeresboden herrenlose Sachen seien.[95]

So bewährt sich also der Satz, daß das Meer Gemeingut sei in dem Sinne einer negativen Kommunion: es steht Allen offen, aber nicht im Eigenthume Aller. Indes der Satz wird wesentlich eingeschränkt durch die altvölkerrechtliche Anschauung, daß die See auf eine beträchtliche Strecke hinaus zum Staatsgebiete gehöre: hier tritt also eine strengere Herrschaft auf; man kann fast sagen, das Meer in diesem Gebiete wurde in römischer Zeit als 'öffentliche Sache' behandelt.[96] Das gilt begreiflich für alle Küsten des Mittelmeeres und der römischen Provinzen. Schifffahrt und Fischfang werden von unseren Juristen mit dem Zuschauen im Theater, mit dem Ueben auf dem Marsfelde gleichgestellt; wer gehindert wird, hat die a. iniuriarum.[97] Das bedeutet ohne Zweifel, der Einzelne sei in der Ausübung eines Bürgerrechts gehindert und damit in seiner Bürgerehre angegriffen. Der ganze Ehrbegriff bezieht sich nur auf die Bürger: das zeigt die Entwickelung der Bescholtenheit unter dem Ein-

---

93) Gaius fr. 7 § 3 de ARD. 41. 1.

94) fr. 10 de rer. div. 1, 8; fr. 3 § 1 neq. in l. publ. 43, 8.

95) fr. 30 § 4 de ARD. 41, 1; fr. 14 pr. eod. Im Zusammenhange damit erklärt sich auch der oft und z. Th. recht verkehrt behandelte Ausspruch des K. Pius: ich bin zwar der Herr der Welt, aber auf dem Meere herrscht das Gesetz (fr. 9 ad l. Rhod. 14, 2). Den freien Handel auf hoher See kann ich nicht unmittelbar schützen: Strand- und Seeraub sind Verbrechen, aber ich kann sie nicht beseitigen; wendet euch an die Gerichte. Der ganz ungewöhnliche Ausdruck τοῦ κόσμου κύριος ist mit einer Art von Selbstironie gebraucht.

96) Vgl. Mommsen, bullettino dell' Ist. di dir. R. 2, 129 s.; Labeo 2 a S. 34.

97) fr. 2 § 9 neq. in l. publ. 43, 8; fr. 13 § 7 de iniur. 101, 10.

flusse des Censors, des Konsuls und des Prätors.[98] So ergibt sich, daß die Fischerei in den Küstengewässern (Hochseefischerei wird nie vorausgesetzt) für die Bürger frei war, aber nicht für Landfremde. Darum kann der Staat auch anders verfahren: die Fischerei im Meere kann auch verpachtet werden. So geschah es in Friesland[99] und wohl auch sonst in den Provinzen. Man könnte die Verpachtung auf die Flußmündungen und die nordischen Haffe beschränken wollen.[100] Aber es kommen schon in griechischer Zeit solche Verpachtungen an Stellen vor, wo von Aestuatorien nicht die Rede sein kann.[101] Unsere Kenntniß reicht nicht aus, um weitere Fragen zu beantworten, namentlich um festzustellen, ob zwischen Italien und den Provinzen ein Unterschied bestand. In betreff des Meeres ist das nicht wahrscheinlich. Aber das ist auch jetzt schon klar, daß man die Küstengewässer nur sehr gezwungen als res c. o. bezeichnen kann.

VIII.

Daß das Meeresufer 'commune' ist, wird uns außer von Marcian auch sonst bezeugt.[102] Es wird aber auch häufig publicum genannt.[103] Das soll heißen, daß die Küste allgemein zugänglich und benutzbar sein muß, omnibus vacare,[104] von der Seeseite wie vom Lande her. Ausdrücklich wird dabei hervorgehoben, daß dies ein Satz des ius gentium sei.[105] Man kann darunter nur das alte Völkerrecht verstehen; denn unzweifelhaft wirkten hier gerade sakrale Anschauungen und Regeln ein: der Schutz der Schiffbrüchigen und der Friede des an die Küste gespülten Leichnams. Ein subjektives Recht auf die Benutzung des Ufers mit einer Klage hat es auch für den Bürger nicht gegeben.[106]

---

98) Labeo 1, 240 ff.

99) Inschrift im bullett.: deae Hludanae conductores piscatus mancipe Q. Valerio Secundo v. s. l. m.

100) So war es anscheinend in Ephesus mit der λίμνη ἐκ τοῦ πελάγους ἀναχεομένη an der Mündung des Kaystros: Strabo 14, 26 p. 642.

101) So in Athen: CIA. 1, 283; Boeckh, Staatshaushalt d. A. 1², 414, und in Byzanz: (Aristoteles) Oecon. 2, 3 p. 1346 b.

102) Servius Aen. 1, 540.

103) Ner. fr. 14, Pomp. fr. 50, Paul. fr. 45 § 1 de ARD. 41, 1; Pap. fr. 45 de usurp. 41, 3; usus publicus bei Scaev. fr. 4 neq. in l. publ. 43, 8.

104) fr. 51 de CE. 18, 1 (Paulus).

105) Servius l. c.; Pap. fr. 45 de usurp. c.; Paul. fr. 51 c.; fr. 4 neq. in l. publ. c.

106) fr. 50 extr. de ARD.: nam civilem eum actionem de faciendo nullam habere non dubito. Die Worte sehen freilich sehr kompilatorisch aus. ‚Derselbe' ist

Die 'Freiheit des Ufers' gestattet sogar bekanntlich Stücke des Landes durch Bauten dauernd in Besitz zu nehmen. Daß das Recht am Gebäude und am Untergrunde nur so lange währt, als das Bauwerk steht, darüber ist unter den Klassikern kein Zweifel. Dagegen wird dies Recht, wenn ich mich nicht täusche, in verschiedener Weise aufgefaßt.

1. Die überwiegende Meinung gibt dem Erbauer Eigenthum am Boden und am Gebäude. Neratius setzt ausführlich auseinander: das Ufer sei nicht Staatsdomäne; es sei herrenlos wie das Thier im Walde; daher falle das Eigenthum an den, der Besitz ergreife.[107] Ebenso sagt Pomponius: unser Eigenthum wird, was wir auf dem öffentlichen Strande errichten,[108] und Ulpian erklärt, wer auf dem Strande baue, mache den Boden nach 'ius gentium' sich zu eigen (suum facit).[109] Andererseits bezeichnet Paulus den Strand als res nullius: er werde deshalb ins Ackermaß nicht mit eingerechnet.[110] Aus dieser Auffassung entsteht eine Schwierigkeit für den Fall des Abbruches der Anlage. Damit wird der Bauplatz wieder frei. Widerrufliches Eigenthum ist den Klassikern immer etwas Ungewöhnliches;[111] hier aber doppelt: denn Okkupation schafft sonst endgiltiges Eigenthum. Neratius hilft sich mit der Analogie der wilden Thiere und mit dem postliminium.

2. Daneben findet sich noch eine andere Auffassung. Wer auf dem Strande oder im Meere baut, soll geschützt werden, tuendus est,[112] sagt Ulpian; er erwirbt den Besitz, occupantis solebat esse possessio, sagt Servius.[113] Es handelt sich hier um das auctoritate praetoris possidere, wie beim bon. emptor und dem bon. possessor.[114] Damit ist der Rückfall des Bodens in die Freiheit von selbst gegeben: es bedarf keines konstruktiven Nothbehelfes. Praktisch laufen beide Auffassungen auf dasselbe hinaus; aber in Einem Punkte ist der Unterschied von Bedeutung.

---

der Bauende, wenn man nicht einen bösen Subjektwechsel annehmen will; nam wäre dann nur Anknüpfung. Die a. de faciendo ist stark verdächtig.

107) fr. 14 de ARD. 41, 1.

108) fr. 50 eod.

109) fr. 1 § 18 de ONN. 39, 1.

110) fr. 51 de CE. 18, 1.

111) vgl. Labeo 3, 92 f.

112) fr. 2 § 8 neq. in l. publ. 43, 8. Ulpian spricht freilich in fr. 1 § 18 c. von suum facere. Das ist ein Widerspruch. Entweder erklärt er sich durch die verschiedenen Vorlagen, denen Ulpian folgte, oder er nahm es mit dem suum facere nicht so genau. Das erste ist mir wahrscheinlicher.

113) Servius Aen. 1, 540.

114) Labeo 2 a, S. 420 f.

Der den Seestrand Benutzende darf den Gemeingebrauch nicht hindern und Andere nicht schädigen. Die Sache war einfach, wenn der Bauende nur Besitz erhielt. Der Prätor verweigerte ihm seinen Schutz oder er gab dem Belästigten ein intd. (utile) de loco publico. Aber wie, wenn der Bauende Eigenthum erwarb? Ein Einspruch gegen ein solches Bauwerk war nicht zulässig: operis novi nuntiatio ist hier nicht möglich, weil nicht in loco publico gebaut wird (publici iuris tuendi c.); und nicht sui iuris conservandic; denn der Bauende handelt nicht 'in suo'.[115] Das Ergebniß ist überraschend. Aber es hat nichts auf sich. Denn an diesem Punkte greift die Verwaltung ein: der Bau wird nicht gestattet, wenn daraus für die Gesammtheit oder für Einzelne ein Schade droht. Anders kann man die drei maßgebenden Stellen, wie mir scheint, gar nicht verstehen.[116] Damit aber rückt das Bauen auf dem Ufer dem Bauen auf öffentlichem Grund und Boden sehr nahe. Hier ist zum Beginne der Anlage eine positive Erlaubniß erforderlich.[117]

So ist es nur ein Schritt weiter, den Celsus thut: er 'ist der Meinung' (arbitror), die Küste sei Staatseigenthum (publicum):[118] er verlangt also zum Bauen eine obrigkeitliche Erlaubniß (id concedendum non esse). Natürlich aber erkennt er an, daß das ius gentium den Gemeingebrauch sichert, daß die Erlaubniß nur bei drohendem Schaden verweigert werden kann. Celsus beschränkt seine Meinung auf die Küsten, über die der römische Staat das imperium habe. Ich habe früher angenommen, er wolle damit die Küsten der Provinzen bezeichnen.[119] Und das scheint mir auch jetzt noch dem Ausdrucke am besten zu entsprechen. Man könnte vermuthen, daß der Strand beim solum Italicum ge-

---

115) fr. 1 § 18 de ONN. 39, 1.

116) 1. Pomp. fr. 50 de ARD.: quamvis quod in litoere publico . . exstruxerimus, nostrum fiat, tamen decretum praetoris adhibendum est, ut id facere liceat. Das kann weder heißen: der Eigenthumserwerb ist vom Dekrete abhängig (Burckhard-Glück 1, 142 s.), noch: der Prätor verbietet dem 'Hindernden' die 'Hinderung' (Ubbelohde-Glück 4, 420). Es ist deutlich: es wird eine Bauerlaubniß in der Weise ertheilt, daß die angerufene Obrigkeit nicht widerspricht und dies erklärt. Der Prätor freilich ist interpolirt. — 2. Celsus fr. 3 § 1 neq. in l. publ. 43, 8: sed id concedendum non esse, si deterior litoris marisve usus eo modo futurus sit macht gar den Eindruck einer positiven Gestattung. Und diesen Eindruck vermindert nicht 3. Scaevola fr. 4 eod.: in litus . . aedificare licere, nisi usus publicus impediretur; sonst ists also nicht gestattet.

117) Nerva fr. 3 § 4 quod vi 43, 24; formelle Gesetze S. 25 f.

118) fr. 3 pr. neq. in l. publ. 43, 8.

119) Labeo 1, 263 A. 2. Ich will nur kurz bemerken, daß ich der Unterscheidung einer doppelten Art von Ufern und der Deutung dieser Stelle bei Pampaloni (bullettino dell' Istituto 4, 77 ss.) nicht zu folgen vermag.

wissermaßen dem Meere als dem vetus possessor zugetheilt gedacht wurde, und daß die Ufer der Freistädte in den Provinzen im alten Rechte blieben.

Ueberblickt man alle diese Ausführungen, so wird man sagen müssen, daß der Begriff der vier res communes omnium doktrinär, nicht klar, und mit der positiven Rechtsordnung nicht überall leicht zu vereinbaren ist. Die klassischen Juristen kennen die Zusammenfassung Marcians nicht; sie sind hier, wie sonst, für jeden einzelnen Fall ihren besonderen Weg gegangen.

Leonard Jacobi.

Die sittliche Pflicht im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Einleitung. — § 1 Pflichtschenkung. — § 2 Zahlung aus Irrthum. — § 3 Ergebnisse.

Ein deutscher Gesetzgeber hat die schwierige Aufgabe, die für ganz Deutschland richtigsten Rechtsgedanken herauszufinden und sie in einem System von ihre Verwirklichung bestmöglichst sichernden Rechtssätzen auszuprägen.

Dazu kommt aber, wie sich bei der mühevollen Herstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs mit besonderer Klarheit herausgestellt hat, noch eine dritte nicht minder wichtige Aufgabe: den Rechtssätzen die praktisch brauchbarste Form zu geben. — Da die Gesetzgebung kein Selbstgespräch des Gesetzgebers ist, auch keine Vorschrift für die Behörden, sondern eine Anrede an die gesammte Bevölkerung, welche freiwillig Folge leisten soll, so ergiebt sich von selbst, daß die Gesetzgebung sich so viel als irgend möglich der Volkssprache bedienen, sich an sie möglichst eng anschließen muß. Dieser Anforderung zu genügen, eine dem Laien möglichst leicht verständliche, dem Sprachgebrauche der Gegenwart sich anschließende Rechtssprache herzustellen, ist eine unentbehrliche Vorarbeit, welche die Wissenschaft dem Gesetzgeber zu leisten hat. Läßt sie es hieran fehlen, so steht er vor einer unlösbaren Aufgabe.[1]

Hiervon ausgehend wurde wiederholt darauf hingewiesen, daß eine Revision der Begriffslehre bezw. der Rechtssprache unaufschiebbar, weil für die gesunde Entwickelung des deutschen Einheitsrechts unentbehrlich sei; für die weitere deutsche Rechtsentwickelung bedürfe es einer sicherern, besseren sprachlichen Grundlage, als sie bisher zur Verfügung stand.[2]

---

1) S. m. Abhdlg.: „Versprechen und Vertrag" in Jhering's Jahrb. Bd. 35 (1896) S. 9 ff.; ferner m. Abhdlg.: „Recht, Sitte und Sittlichkeit", ebenda Bd. 41 (1900) S. 70 ff.

2) S. m. Abhdlg. a. a. O. Bd. 41 S. 73 und m. Aufsatz: „Deutsche Rechtssprache und Rechtswissenschaft" in der Deutschen Juristenzeitung 1899 S. 499. — Man sagt, daß die Wissenschaft zur Weiterbildung der Begriffswelt vornehmlich be-

Ferner wurde in dieser Richtung unter Anderm namentlich als unzulässig bezeichnet:

der Gebrauch desselben Ausdrucks für wesentlich verschiedene Begriffe bezw. verschiedener Ausdrücke für denselben Begriff; ebenso

sprachwidrige oder zweideutige Uebersetzung aus dem Lateinischen anstatt der deutschen Bezeichnungen und Begriffsunterscheidungen.[3]

Eine Nutzanwendung für diese Sätze ergab u. A. die Thatsache, daß auch nach dem Aufkommen des neuhochdeutschen Wortes „Sittlichkeit" für das lateinische „boni mores" (honestas, morum probitas) die nunmehr im deutschen Sprachgebrauch veraltete Uebersetzung „gute Sitten" in der Rechtssprache und Gesetzgebung bisher beibehalten worden ist.

Da nun andrerseits in der Rechts- und Gesetzessprache die „guten Sitten" auch als Pleonasmus für Sitte (im Gegensatze zu Unsitte) vorkommen, so bleibt es in vielen Fällen ungewiß, ob die „guten Sitten" in dieser oder jener Rechtsvorschrift soviel wie „Sittlichkeit" oder soviel wie „Anstand und Sitte" bedeuten sollen; — oder ob etwa gar damit ein neuer, bisher unbekannter Mittelbegriff geschaffen sein soll, wie einige Erklärer des B.G.B. behaupten.[4] Bei der hierauf bezüglichen Erörterung sind besonderer Besprechung vorbehalten geblieben die Stellen des B.G.B., in welchen von „sittlicher Pflicht" die Rede ist.[5] Dieser Besprechung sind die vorliegenden Blätter gewidmet — zu

---

rufen sei. — „Wissenschaft, — sagt ein Historiker, — ist nichts Anderes, als der Versuch, die Welt der Erscheinungen höheren Begriffen und Begriffssystemen zu unterstellen, als sie die Sprache schon darbietet: Wissenschaft ist eine auf einem anderen, als blos gemeinsprachlichem Wege fortgesetzte Begriffsbildung. (Lamprecht. Die kulturhistorische Methode. Berlin 1900 S. 6f.). Solcher Ausspruch illustrirt die Schwierigkeit der gerade jetzt im Aufblühen begriffenen volksthümlichen Hochschulkurse. — Was die praktische, dem Volksleben der Gegenwart dienende Rechtswissenschaft betrifft, so muß es statt der oben angeführten hervorgehobenen Worte heißen: „auf dem durch den Sprachgebrauch, durch Geist und Logik der Sprache gewiesenen Wege."

3) S. Ihering's Jahrb. Bd. 41 S. 76 und Deutsche Juristenzeitung a. a. O. S. 499.

4) S. z. B. Cosack Lehrbuch Bd. I § 58 S. 172, Endemann Lehrbuch I § 74 II[2] (3. Aufl. S. 319) und in der Kritischen Vierteljahresschrift Bd. 41 (1899) S. 524. Auch Planck B.G.B. II S. 6: „Gegen die guten Sitten verstößt es, wenn sich Jemand etwas rechtsgeschäftlich versprechen läßt, was nach den Geboten der Sittlichkeit und des Anstandes nur auf Grund eines freien Entschlußes geschehen oder unterlassen werden soll." — Dazu Prot. I S. 123f. und unten Anm. 53, 54.

5) S. m. Abhdlg. in Ihering's Jahrb. Bd. 41 S. 77 Anm. 18; S. 90f. Anm. 42, 42a.

Ehren eines Mannes, der die Fahne der Ethik im Rechte von je her hoch emporgehalten hat.[6]

Nur in Bezug auf zwei Institute, die Schenkung und die Zahlung einer Nichtschuld, bedient sich das B.G.B. des Ausdrucks „sittliche Pflicht", und zwar jedesmal in der Verbindung:

„sittliche Pflicht oder auf den Anstand zu nehmende Rücksicht".

Diese Verbindung sollte als ganz ungewöhnlich schon auf den ersten Blick auffallen. Denn in dem durch den Sprachgebrauch kundgegebenen Volksbewußtsein, mit dem das Recht Fühlung behalten muß, gehören nicht Sittlichkeit und Anstand zusammen, sondern Anstand und Sitte.

Anstand und Sitte haben das Gemeinsame, daß sie dasjenige äußere Verhalten des sozialen Menschen bedeuten, welches Anstoß in seinem Kreise zu vermeiden bezweckt.[7] — Die Sittlichkeit dagegen ist das einer opinio necessitatis, dem sogen. Gewissen entsprechende Verhalten, beruhend auf dem mehr oder weniger instinktmäßigen Gefühl oder auf dem Bewußtsein, daß solches Verhalten nothwendig sei für das dauernde Wohlergehn der Gesammtheit und des Einzelnen.[8]

Der von Jhering, Der Zweck im Recht, Vorrede S. XX nachdrücklich hervorgehobene Tiefsinn der Deutschen Sprache zeigt sich gerade in der Verbindung von „Anstand und Sitte" in doppelter Richtung. Zunächst ist beiden gemeinsam die Tendenz, Anstoß zu vermeiden und zwar auf Grund von Zwangsmotiven.

Der Zwang aber, auf dem das sittengemäße (sittsame) Verhalten beruht, ist ein äußerer. Man will gesellschaftliche Nachtheile, unter Umständen auch Zusammenstoß mit dem Strafgesetz (grober Unfug, öffentliches Aergerniß), mit der Polizei oder den Disziplinargesetzen vermeiden.

Dagegen ist der Zwang, auf dem das anständige Verhalten be-

---

6) S. Dernburg Pandekten Bd. II § 116 Anm. 6 (Rechnungslegung des Mandatars); Bd. III § 26 Anm. 8 (Unterhaltsanspruch der geschiedenen Ehefrau).

7) S. Jhering Der Zweck im Recht (2. Aufl. 1886) II S. 243 ff., 295 ff., 384 ff.

8) S. Jhering a. a. O. II S. 91 ff., 115 ff. — Ebenda S. 262 ff. führt Jhering aus, die Unsitte verhalte sich zum Unmoralischen, wie das Polizeiwidrige zum Rechtswidrigen, das blos Gefährliche zum Schädlichen. Die Sitte habe eine prophylaktische Bestimmung; sie sei die Sicherheitspolizei des Sittlichen. Die Sitte sei wesentlich lokalisirt, von beschränkter und hypothetischer Geltung, als Landes-, Standes-, Orts-Sitte, zum Theil beschränkt auf die höheren Stände. — S. auch m. Abhdlg. in Jhering's Jahrb. Bd. 41 S. 80 f., 111 Anm. 70. Ausnahmsweise kommt die Sittlichkeit in einem engern (geschlechtlichen) Sinne vor, z. B. Strf.G.B. §§ 171—184, B.G.B. § 847 Abs. 2.

ruht, ein innerer, die Gewöhnung des Willens durch Erziehung und gutes Beispiel.

Die Anständigkeit steht also auf höherer Stufe der Moral, als die Sitte; ihre Voranstellung im Sprachgebrauch ist nicht zufällig, sondern tief begründet.

Die Sittlichkeit im eigentlichen Sinne hat vor Anstand und Sitte den großen ethischen Vorzug, daß sie auf Motiven beruht, die vom Zwange überhaupt unabhängig dem Gebiete der Freiheit angehören.[8a] Ihnen entspringt eine selbstlose, lediglich auf Beförderung des Gemeinwohls gerichtete Handlungsweise.

Dieser Gegensatz enthält zugleich den Grund einer Erscheinung, welche gerade für den Juristen von fundamentalem Interesse ist; nämlich den Grund für die total verschiedene Stellung, welche die Rechtsordnung einnimmt zu Anstand und Sitte einerseits, zur Sittlichkeit andrerseits.

Der moderne Rechtsstaat überläßt es im Gegensatze zu früheren patriarchalischen Zuständen grundsätzlich der Privatthätigkeit der betroffenen Kreise, mit den ihnen zu Gebote stehenden Mitteln für die Aufrechterhaltung von Anstand und Sitte selbst zu sorgen. Die Erziehung der Erwachsenen durch Kleiderordnungen, Luxusgesetze und dergl. hat er im Allgemeinen aufgegeben. Die auch im modernen Staate unentbehrliche Sittenpolizei sowie die Disziplinargesetze und Dienstvorschriften für Beamte liegen theils außerhalb des eigentlichen Rechtsgebiets, theils sind sie Ausnahmen, welche die Regel bestätigen.[9]

Hinsichtlich der Sorge für die öffentliche Sittlichkeit dagegen ist

---

8a) Diese Sittlichkeitsmotive sind: das Gefühl dauernder Befriedigung, bezw. auf noch höherer Stufe die Vorstellung des sittlichen Lebensideals. S. Wundt, Ethik (2. Aufl. 1892) S. 386 ff. — Recht und Staat freilich, als lediglich äußere Gesellschaftsordnungen, können sich auf Erforschung von Motiven grundsätzlich nicht einlassen. Sie befördern gleichwohl die Sittlichkeit indirekt in doppelter Weise, nämlich durch Unterdrückung der Unsittlichkeit, welche Unterdrückung eine Rückwirkung von außen nach innen zur Folge hat; 2) durch Belohnung gemeinnütziger Leistungen vermittelst öffentlicher Auszeichnung. Letzteres hat freilich den Nachtheil, daß dadurch auch Eitelkeit und Ehrgeiz angelockt werden. Durch dieses, den gemeinnützigen Zwecken höchst förderliche Moment wird aber die Sittlichkeit der Motive in Frage gestellt und werden dieselben dadurch für die ethische Bedeutung entwerthet. — Vergl. Anm. 44.

9) Diese Ausnahmen sind gerechtfertigt durch die oben (in Anm. 8) angedeutete prophylaktische Funktion der Sitte und somit auch der sie reglementirenden Vorschriften zu Gunsten der Sittlichkeit. Nur solche vorbeugenden Normen betrifft wohl auch der Ausspruch von O. Baehr, der Rechtsstaat (1864): „Gefahr für die Sittlichkeit“ sei ein Begriff, in dessen Inneres eine lediglich vom Rechtsstandpunkt ausgeübte Beurtheilung nicht einzudringen vermag.“

der Rechtsstaat als Organisation der Gesellschaft genöthigt, die letztere in weiterm Umfange zu vertreten, weil die Gesellschaft als solche geeignete Organe zur Feststellung und Vollstreckung nicht besitzt.[10] — Er thut dies negativ, indem er unsittlichen Rechtsgeschäften und Auslandsgesetzen die Anerkennung versagt,[11] positiv, indem er dem durch unsittliches Verhalten Verletzten Rückforderungs- und Entschädigungsansprüche zubilligt.[12]

Angesichts dieser entgegengesetzten Position der Rechtsordnung zum Anstande und zur Sittlichkeit muß es auffallen, daß das B.G.B., wie erwähnt, beide gelegentlich neben einander stellt. Es sollen daher hier zunächst die betr. Vorschriften vorgeführt, demnächst die sich ergebenden Zweifelsfragen besprochen werden.

§ 1. Die Pflichtschenkung.

„Der letzte Zweck jeder Handlung besteht in der Befriedigung eines Bedürfnisses des Handelnden.“[13] — Vergleicht man diesen Erfahrungssatz mit der hergebrachten Definition, daß die Schenkung sich durch den Zweck kennzeichnet, den Beschenkten aus dem Vermögen des Schenkers zu bereichern, so erscheint die Handlungsweise des Schenkers als räthselhaft, wenn nicht geradezu als unvernünftig.

In Wirklichkeit verfolgt indessen der Schenker andere, für das Rechtsinstitut der Schenkung aber zunächst nicht maßgebende Zwecke. Die Zusammenfassung mannigfaltiger Rechtshandlungen ohne Rücksicht auf Zweck und Realisirungsform unter dem Schenkungsbegriff beruht vielmehr auf der vermögensrechtlichen Wirkung, welche wegen des Fehlens einer materiellen causa als bedenklich erscheint.[14] — Die

---

10) Paulsen System der Ethik 3. Aufl. Bd. II (1894) S. 299: „Die Schwäche dieses Gerichtshofes (der öffentlichen Meinung) beruht darauf, daß er kein geordnetes Verfahren hat, also keine Gewähr für die Richtigkeit des Urtheils bietet; die Zeugen sind unzuverlässig, die Vertheidigung fehlt oder ist mangelhaft, das Verfahren heimlich und der Gegner wird nicht gehört.“

11) Unsittliche Rechtsgeschäfte sind nichtig § 138 B.G.B.; die Anwendung derartiger ausländischer Gesetze ausgeschlossen. Art. 30 Einf.Ges. (s. unten Anm. 52—54).

12) Der unsittliche Empfang verpflichtet zur Herausgabe §§ 817, 819 B.G.B.; vorsätzliche Schadenszufügung verpflichtet zum Schadenersatz, wenn sie zwar nicht widerrechtlich aber unsittlich ist § 826 B.G.B. (s. unten Anm. 52 – 54).

13) Hoelder Pandekten I S. 282.

14) Lenel Die Lehre von der Voraussetzung, im Archiv für civil. Praxis 74 (1889) S. 230 ff. — S. auch Reatz Die Schenkung, in den Gutachten aus dem Anwaltstande über die erste Lesung des Entw. des B.G.B. (Berlin 1890) S. 185 ff.

praktische Seite der Sache zeigt sich meistens darin, daß die Unentgeltlichkeit (der animus donandi) von dem, der sich darauf beruft, dargelegt werden muß, falls Rückgabe gemachter Zuwendungen, oder für geleistete Dienste, gewährten Unterhalt und dergl. Bezahlung hinterher beansprucht wird.

Der wirkliche Beweggrund und Zweck des Handelns liegt naturgemäß auch bei der Schenkung in der Beförderung eigener, nur nicht gerade vermögensrechtlicher, Interessen des Schenkers. Sein Interesse fällt in der Regel unter einen der folgenden Gesichtspunkte:

1. Bedürfniß der Wohlthätigkeit und der Förderung des Gemeinwohls.[15]
2. Vermeidung von Verstößen gegen Anstand und Sitte.[16] Endlich
3. Abwehr lästiger Zumuthungen oder drohender Gefahren.[17]

Wenn aber die unter dem Begriffe der Schenkung zusammengefaßten unentgeltlichen Zuwendungen als Gegenstand der Rechtsordnung einem Sonderrechte unterliegen, so hat dies darin seinen Grund, daß die Schenkung aus dem Rahmen der gewöhnlichen Verkehrsgeschäfte herausfällt. Im Allgemeinen erscheint sie als unwirthschaftlich. Sie liegt regelmäßig außerhalb der ordentlichen Vermögensverwaltung, namentlich auch außerhalb der Befugnisse eines Verwalters fremden Vermögens.

Das in Rede stehende Sonderrecht besteht im Wesentlichen:

a) in einer Fürsorge für den Schenker durch Formvorschriften, durch Einschränkung seiner Haftung und durch Einräumung von Rückforderungs- und Widerrufsrechten;[18]
b) in dem Schutze Dritter durch Einräumung von Anfechtungsrechten;[19] endlich

---

15) Reatz a. a. O. S. 186 ff. — Von solchen Schenkungen handeln §§ 1043 1044, 1073 ff. Th. I, Tit. 11 Allg. Preuß. Landrechts; a 913, 937 Code civil.

16) Hierher gehören die Hochzeits-, Pathen-, Neujahrs-, Weihnachts- und andere Gelegenheitsgeschenke, hinsichtlich deren Jhering a. a. O. II S. 282 f. von einem Liberalitätszwange spricht, weil sie unter dem Drucke der öffentlichen Meinung geleistet werden.

17) Z. B.: ich schenke dem X., der mich um ein Darlehn von 300 M. ersucht, um ihn los zu werden, 30 M. Ferner gehören hierher durch Drohungen erpreßte Schweigegelder, — in gewissem Sinne auch Zuwendungen an die Kirche im Interesse des Seelenheils.

18) S. §§ 518—524, 527—533 B.G.B.

19) Z. B. Gläubiger: § 32 R.Konk.O. (Fassung vom 20. Mai 1898), § 3 Ziff. 3 und 4 des Anfechtungsgesetzes vom 21. Juli 1879. Pflichttheilsberechtigte: §§ 2325 ff. B.G.B.

c) in Spezialvorschriften für solche Fälle, die eine Gefahr des Mißbrauchs besonders nahe legen. [20]

Für die Anwendung dieses Sonderrechts ist natürlich nicht der Umstand entscheidend, daß eine beliebige Zuwendung als Schenkung bezeichnet wird, sondern ob sie Schenkung im rechtlichen Sinne wirklich ist. In vielen Fällen gilt die angebliche Schenkung nicht als solche; [21] unendlich häufig gelten Zuwendungen ohne Weiteres als Geschenk, wenn auch die Bezeichnung als solches unterlassen bezw. absichtlich vermieden wird. [22]

Es kommen aber auch die oben erwähnten nicht vermögensrechtlichen Beweggründe und Zwecke des Schenkers wenigsten indirekt insoweit zur Geltung, als eben um dieser Zwecke willen das Sonderrecht in gewissem Umfange — als für diese Fälle nicht passend — außer Kraft gesetzt wird.

Die unter diesem Gesichtspunkte in Betracht kommenden Vorschriften des B.G.B. sind folgende:

1. Der Schenker hat einen Einwand bezw. ein Rückforderungsrecht wegen mangelnden Unterhalts § 528, ein Widerrufsrecht wegen groben Undanks § 530.
2. Zu Schenkungen aus dem Gesammtgute bedarf er der Einwilligung seiner Ehefrau § 1446.
3. Schenkungen, die der Vater in Vertretung des Kindes, der Vormund in Vertretung des Mündels aus dessen Vermögen macht, sind ungültig §§ 1641, 1804.
4. Schenkungen des Vorerben aus dem Nachlasse zum Nachtheile des Nacherben sind unwirksam § 2113. — Ebenso unentgeltliche Verfügungen des Testamentsvollstreckers über Nachlaßgegenstände § 2205.
5. Schenkungen des Erblassers, durch welche das Pflichttheilsrecht geschmälert wird, begründen einen Ergänzungsanspruch nach §§ 2325 ff.

Diese Sondervorschriften sind es, welche in den §§ 534, 1446, 1641, 1804, 2113, 2205 und 2330 für gewisse Schenkungen außer Kraft gesetzt werden; und zwar bezeichnet das B.G.B. diese insoweit privilegirten Schenkungen hier überall gleichlautend als solche:

---

20) Ehegatten bei freier Privatscheidung, Verwalter fremden Vermögens.

21) S. z. B. Sächs. B.G.B. § 1051, Oesterr. B.G.B. § 942, Allg. Preuß. Landr. Th. I, Tit. 11 §§ 1046—1057.

22) S. Allg. Preuß. Landr. a. a. O. §§ 1041—1045.

durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird.

Die Ausnahme erscheint als gerechtfertigt, soweit es sich um das oben (S. 158 unter Nr. 2) gedachte Bedürfniß handelt, Verstöße gegen Anstand und Sitte zu vermeiden. Das trifft zu bei den sogen. Gelegenheitsgeschenken, d. h. solchen Geschenken, die bei gewissen Gelegenheiten erwartet werden, z. B. zu Ostern, zu Weihnachten, zu Neujahr, bei Geburtstagen, Taufen, Hochzeiten und zu Jubiläen. Sie sind Anstandsschenkungen insoweit, als ihre Unterlassung gesellschaftlich als unanständig gilt. Die Rechtsordnung erkennt an, daß dieser Anstandsrücksicht gegenüber bei solchen Geschenken die vermögensrechtliche Wirkung ganz in den Hintergrund tritt. Dadurch rechtfertigt sich ihre Befreiung von den oben unter 1 bis 5 gedachten Sondervorschriften. — Anders liegt die Sache hinsichtlich derjenigen Schenkungen, durch welche einer „sittlichen Pflicht" genügt werden soll.

Bisher wurde angenommen, daß unter Umständen der Empfang einer Schenkung unsittlich sein, oder daß sie zu unsittlichen Zwecken gemacht werden kann.[23]

Das B.G.B. geht aber in den bezüglichen Vorschriften ihrem Wortlaute nach von der Voraussetzung aus, daß auch die Unterlassung von Schenkungen im Rechtssinne unsittlich sein kann.

Diese Aufstellung einer — wenn auch nicht klagbaren — Rechtspflicht zu schenken ist ganz neu. Es fehlt in den Materialien an jeder Andeutung darüber, an welche (von den Anstands- und Gelegenheitsgeschenken verschiedene) Arten von Schenkungen dabei zu denken sei.

Die bisherige Litteratur findet freilich nichts Auffallendes in dieser Neuerung. Sie beschränkt sich überhaupt auf wenige kurze Bemerkungen.

So sagt Kuhlenbeck,[24] daß unter § 534 auch remuneratorische Schenkungen fallen, nämlich alle diejenigen, die zwar nicht durch Rechtspflicht, wohl aber durch Sitte, sittliche Pflicht und Anstand geforderte Belohnungen darstellen, wie Trinkgelder, Weihnachtsgeschenke an Dienstboten oder Angestellte und dergl.

Oertmann[25] bemerkt, der Begriff kreuze sich mit dem bisherigen der remuneratorischen Schenkung. Er sei einerseits viel weiter, anderer-

---

23) Unsittlichkeit des Gebers schließt die Rückforderung aus; L. 3, L. 4 § 3, D. 12. 5 de cond. ob turp. v. inj. causam; bezw. überträgt das Rückforderungsrecht auf den Fiskus, Allg. Preuß. Landr. I 16 § 173. S. auch Oesterr. B.G.B. § 1174, code civil Art. 1131, 1133, Sächs. B.G.B. § 1540.

24) Das Bürgerliche Gesetzbuch I S. 367.

25) Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse S. 253 f.

seits, werde man kaum sagen können, daß wer aus Dankbarkeit seinem Arzt über das Honorar hinaus eine werthvolle Dedikation macht, nur einer „sittlichen Pflicht" genüge. — „Man hätte vielleicht besser gethan, diese privilegirten Schenkungen überhaupt nicht unter den Schenkungsbegriff zu bringen."

Endemann[26] macht zu § 534 folgende Anmerkung: „Es ist indessen weiter zu gehn. Viele danach gebotene Leistungen, wie die Unterstützung kranker entfernter Verwandter und Freunde, die Beiträge zu wohlthätigen Zwecken oder zur Errichtung eines Denkmals u. s. f. gelten nach der guten Verkehrsanschauung überhaupt nicht als Schenkung. Die socialen und sittlichen Verpflichtungen sind in dem Sinne als naturales obligationes anzuerkennen, daß ihre Erfüllung nicht als unentgeltliche Vermögensverschiebung gilt."

Auch Stammler[27] findet in der Einführung der „sittlichen Pflicht" als Norm die Feststellung einer naturalis obligatio und erklärt sich mit diesem Schritte des B.G.B. einverstanden. — Wir kommen hierauf in den §§ 2 und 3 zurück.

André bei Planck und Schollmeyer schweigen. — Cosack[28] wiederholt lediglich die Worte des Gesetzes, bezeichnet aber in seiner Inhaltsübersicht die Schenkungen des § 534 als solche, welche durch Anstand und Sitte geboten sind.

§ 2. Zahlung aus Irrthum.

Bezüglich der Zahlung einer Nichtschuld bestimmt das Allg. Preuß. Landrecht Th. I Tit. 16 in

> § 165: „Durch eine ohne Vorbehalt geleistete Zahlung gehn in der Regel die Einwendungen, welche der Zahlende dem Andern hätte entgegensetzen können, verloren."
>
> § 166: „Doch kann das, was auf dem Grund einer vermeinten, aber nicht wirklich vorhandenen Verbindlichkeit und also aus Irrthum bezahlt worden, nach den hier folgenden näheren Bestimmungen zurückgefordert werden."

Zu diesen Bestimmungen gehört nach § 178 a. a. O. in erster Linie:

> „daß für die Person des Zahlenden gar keine, auch nicht eine

26) Lehrbuch des bürgerl. Rechts I (3. Aufl. 1897) S. 741 Anm. 15.

27) Das Recht der Schuldverhältn. in seinen allgemeinen Lehren (1897) S. 35.

28) Lehrbuch des Deutschen bürgerl. Rechts I (1897) S. 491; Inhaltsübersicht S. XI.

bloß moralische Verbindlichkeit zur Zahlung vorhanden gewesen sei."

Die „moralische Verbindlichkeit", wie man es sonst zu nennen pflegt: die Naturalobligation, schließt also die Rückforderung aus bezw. begründet das Recht, die Rückzahlung zu verweigern (soluti retentio). Und zwar ist diese sogen. „Zahlbarkeit" gemeinrechtlich die charakteristische Minimalwirkung der klaglosen und insofern unvollkommenen Verbindlichkeiten. Andere Wirkungen kommen ebenfalls vor, aber nicht bei jeder Naturalobligation. „Möglich, — sagt Dernburg,[29] — ist bei ihnen jede Wirkung der vollkommenen Obligation, abgesehen von der Klage. Doch ihre vorzüglichste Wirkung ist ihre Zahlbarkeit, d. h. daß die zu ihrer Erfüllung geschehene Leistung rechtlich als Zahlung der Schuld betrachtet wird."

„Das Dasein solcher unvollkommenen Obligationen beruht auf dem Gegensatze zwischen der bürgerlichen Gesellschaft und dem Staate."

„Gewisse Verbindlichkeiten respektirt die bürgerliche Gesellschaft theils mit Rücksicht auf merkantilen Kredit und Ruf, theils als Postulate der Sitte und des Anstandes, während ihnen der Staat aus rechtspolitischen Gründen den Weg der Klage verschließt. Sie sind also dem Staate fremd; dennoch sieht er sich veranlaßt, eine gewisse Einwirkung solcher sogen. natürlicher Verbindlichkeiten auf seine Ordnungen anzuerkennen."

„Was die Sitte fordert, bildet wenigstens in dem Sinne eine Naturalobligation, daß das ihr gemäß Geleistete nicht zurückgefordert werden kann."

In dieser gewiß zutreffenden Darlegung des Wesens der Naturalobligation ist — abgesehen von dem merkantilen Kredit — nur von der Rücksicht auf Anstand und Sitte die Rede. Das B.G.B. bestimmt dagegen in § 814:

> „Das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewußt hat, daß er zur Leistung nicht verpflichtet war, oder wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach."

Statt der Sitte tritt hier die „sittliche Pflicht" auf. Das kann entweder als die Einführung eines ganz neuen Prinzips aufgefaßt

29) Pandekten II (5. Aufl.) § 4 S. 9f., § 5 S. 15. — Für den vorliegenden Zweck genügt das im Texte Gesagte. Auf mehr oder weniger abweichende Auffassungen über die Herkunft der naturalis obligatio (s. darüber Windscheid Pand. II § 287 Anm. 5) braucht hier nicht eingegangen zu werden. S. jedoch Anm. 60.

werden oder als ein Vergreifen im Ausdruck, etwa als verunglückte Uebersetzung der „moralischen Verbindlichkeit" des § 178 Th. I Tit. 16 Allg. Preuß. Landrechts.

Für eine dieser beiden Alternativen werden wir uns zu entscheiden haben.

Nach Endemann[30] werden die zur Erfüllung sittlicher Pflichten gemachten Leistungen nicht als ungerechtfertigte Bereicherung angesehen. Es liegt eine halbe rechtliche Anerkennung vor. „Die Rechtsordnung, — fügt er weiterhin hinzu, — schließt die Rückforderung da aus, wo Anstand und Sitte die Leistung erfordern, auch wenn in irrthümlicher Annahme eine Zahlungspflicht erfüllt wurde."

Oertmann[31] bemerkt zu den Worten „die Leistung einer sittlichen Pflicht": Dieser Halbsatz enthalte eine vom rechtspolitischen und ethischen Standpunkte aus sehr beifallswerthe Neuerung. Hier handle es sich allgemein um Leistungen, nicht, wie im § 534 um Schenkungen.

Er rechnet hierher in Uebereinstimmung mit Andern,[32] aber im Gegensatze zu den Motiven II S. 833 auch den Fall, daß der Gemeinschuldner seine Gläubiger über die im Zwangsvergleich oder freiwilligen Akkord hinaus festgesetzte Rate befriedigt. „Es wäre traurig und würde dem „sozialen Ideal"[33] schnurstracks zuwiderlaufen, wenn man die moralische Verbindlichkeit der Gemeinschuldner, ihre Gläubiger nach Kräften voll auszubezahlen, von Rechtswegen verleugnen wollte."

Cosack[34] findet den § 814 übereinstimmend mit der sogen. Naturalobligation des bisherigen Rechts.

Eingehender spricht sich Stammler[35] aus. Er sagt, man habe aus

30) A. a. O. I S. 419; S. 420 Anm. 8.

31) A. a. O. S. 543 Anm. 4.

32) Dernburg a. a. O. II § 5 S. 15, und: Das bürgerl. Recht des Deutschen Reichs und Preußens II (1899) S. 11; Meisner Recht der Schuldverhältnisse S. 282 Anm. 4. Kuhlenbeck a. a. O. I S. 563 Anm. 1.

33) Zur Erklärung dieses Citates dient Stammler a. a. O. S. 47: „Der Gedanke vom socialen Ideal bedeutet nicht die sinnreiche Erdichtung der inhaltlich ausgeführten Rechtsordnung eines paradiesischen Gemeinwesens; er besagt vielmehr eine allgemeingültige formale Methode, empirisch auftretenden Rechtsstoff zu messen und zu behandeln, zu beurtheilen und zu richten. — Das sociale Ideal ist ein formales Richtmaß, aber keine inhaltlich vollkommene Rechtsordnung." S. auch ebenda S. 32 ff. — Vergl. auch Jhering Der Zweck im Recht II S. 120 ff. über die von ihm sogen. geschichtlich-gesellschaftliche Theorie der Ethik; Kohler im Arch. für bürgerl. Recht V S. 161 ff.

34) A. a. O. S. 607 Anm. 4.

35) A. a. O. S. 31 f., 35, 53.

gewissen Einzelentscheidungen der römischen Quellen[36] im gemeinen Rechte den in Rede stehenden Satz abstrahirt und in der gerichtlichen Praxis öfter zur Anwendung gebracht. Während aber im gemeinen Rechte dieser Satz niemals allgemeine Anerkennung erlangte, habe jetzt das B.G.B. mit vollem Rechte die Erfüllung einer sittlichen Pflicht als diejenige einer natürlichen Rechtsverbindlichkeit (naturalis obligatio)[37] eingeführt und aufgestellt, damit aber freilich der Praxis eine nicht gan leicht zu lösende Aufgabe überwiesen.[38] „Es werden dadurch sehr gesteigerte Anforderungen an unsere Richter und Anwälte gestellt."

Worin diese gesteigerten Anforderungen bestehen sollen, kann nicht zweifelhaft sein; denn nach Stammler[39] soll einerseits der Maßstab der sittlichen Pflicht ein objektiv richtiger sein, andererseits dürfen juristische Zweifelfragen nicht gemessen werden an der geträumten Utopie eines Idealstaates.

Die Aufgabe würde hiernach in der Ermittelung und Feststellung dessen bestehen, was zur Zeit als sittlicher Pflicht entsprechend auf dem Gebiete unvollkommener Verbindlichkeiten (und Schenkungen) in Deutschland allgemein anerkannt ist, bezw. die Unterlassung welcher nicht einklagbaren Leistungen (und welcher Schenkungen) allgemein als unsittlich gilt.[40]

---

36) L. 26 § 12, L. 32 § 2, D. 12. 6, de cond. ind.

37) Stammler a. a. O. S. 28ff. führt als im B.G.B. anerkannte Fälle einer natürlichen oder unvollkommenen Verbindlichkeit auf: 1) Verjährung §§ 222 Abs. 2, 223, 479, 490 Abs. 3. — 2) Gebühr für Heirathsvermittelung § 650. — 3) Spiel und Wette §§ 762ff. — 4) Leistung zu unsittlichem Zwecke § 817. — 5) Leistung auf Grund sittlicher Pflicht: §§ 814, 534, 1446 Abs. 2, 1641 Abs. 2, 1804 Abs. 2, 2113 Abs. 2 und 2330. — S. auch Planck B.G.B II S. 6, Endemann Lehrbuch I S. 417ff., Dernburg Das bürgerl. Recht rc. II S. 9ff. Unten Anm. 60.

38) „Denn in welcher Ueberlegung, in was für einem Beweisgange hat der Richter nun festzustellen, wann die Voraussetzungen einer sittlichen Pflicht und danach einer ihr gegenüber stehenden objectiv begründeten Forderung vorhanden sind?"

39) A. a. O. S. 32f., 47. [Oben Anm. 33.]

40) So Lotmar Der unmoralische Vertrag (1896) S. 92, 95. Nach Fischer-Henle Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe (2. Aufl. 1898) Anm. 1 zu § 138 B.G.B. sollen maßgebend sein: Die Anschauungen und Gepflogenheiten des ganzen Volkes; nach Kohler Archiv für bürgerliches Recht 12 S. 325f.: das Ideal eines wenn auch nicht vollkommenen, so doch lautern und makellosen Menschen nach den Vorstellungen, die in den Besten der Nation leben. Zustimmend Meisner das bürgerl. Gesetzbuch, Allg. Theil S. 130. — Es ist jedoch immerhin festzuhalten, daß ideale Anforderungen der Gesetzgeber nur für sich selbst, nicht für die Allgemeinheit aufstellen darf.

Man erinnert sich hierbei unwillkürlich des Ausspruchs von v. Liszt[41] bezüglich der sogen. illoyalen Handlungen des § 826:

„Es ist eitel Selbsttäuschung, wenn man meint, daß in allen Theilen des Deutschen Reichs und in allen Klassen der Bevölkerung dieselben Anschauungen über das herrschen, was die „guten Sitten“[42] verlangen, und was sie verbieten.“

§ 3. Ergebnisse.

Nach den bisherigen Erörterungen würde anzunehmen sein, daß durch die besprochenen Bestimmungen des B.G.B. zwei die Lehren von den Naturalobligationen und von den Schenkungen betreffende Neuerungen eingeführt sind.

I. Die eine Neuerung bestände darin, daß das B.G.B. Naturalobligationen kennt, die nicht zahlbar sind, — denn zahlbare Schenkungen kann es nicht geben. — Die Eigenthümlichkeit dieser neuen Naturalobligationen bestände vielmehr darin, daß ihre Erfüllung gestattet ist:

a) den Verwaltern gemeinschaftlichen bezw. fremden Vermögens: Ehegatten, Eltern, Vormündern, Testamentsvollstreckern §§ 1446, 1641, 1804, 2205;

b) gegenüber Nacherben und Pflichttheilsberechtigten. §§ 2113, 2330.

Man könnte hiergegen einwenden, daß diese Vorschriften mit dem Begriffe der Naturalobligation nichts zu thun haben. Es handle sich eben nur um eine Art privilegirter Schenkungen; wie es z. B. auch privilegirte Einreden giebt, welche die Verjährung nicht hemmen (§ 202 Abs. 2) oder privilegirte Fristen, auf welche ausnahmsweise die Verjährungsvorschriften §§ 203, 206, 207 Anwendung finden.[43]

Dieser Einwand ist indessen unhaltbar. Denn, wie bereits oben erwähnt, besteht das Wesen der Naturalobligation nicht sowohl darin, daß sie gewisse sich überall gleichbleibende Wirkungen äußert, als vielmehr darin, daß ein Einfluß der gesellschaftlichen Anschauung auf die Rechtsordnung überhaupt vorliegt; eine beschränkte, nicht bis zur Klagbarkeit hinaufreichende Anerkennung jener Anschauungen durch das Recht.

Behält man dieses Merkmal als das entscheidende im Auge, so

---

41) Die Delictobligationen im System des B.G.B. (1898) S. 43; s. auch ebenda S. 72 f.

42) Ueber die „guten Sitten“ s. unten Anm. 52—54.

43) S. §§ 210, 212, 215; §§ 802, 1002, 1944, 1954, 2082 B.G.B.

fallen die privilegirten Pflicht- und Anstandsschenkungen in der That unter den Begriff der sogen. natürlichen oder unvollkommenen Verbindlichkeit.

II. Als die zweite Neuerung des B.G.B. würde die rechtliche Anerkennung einer Sittlichkeitspflicht zu Schenkungen zu betrachten sein.

Im ethischen Sinne kann von einer Pflicht zu schenken allerdings die Rede sein, wo der Schenker das Bedürfniß der Wohlthätigkeit als eine Gewissenspflicht empfindet, und diesem Bedürfnisse durch materielle Opfer genügt. Man könnte in dieser Beziehung etwa unterscheiden:

1. Nothschenkungen, veranlaßt durch Unglücksfälle (Erwerbsunfähigkeit bezw. Ueberschwemmung, Krieg, Hungersnoth u. s. f.), von denen einzelne Personen und Familien oder ganze Ortschaften, Kreise, Länder oder Provinzen betroffen werden.
2. Freundschaftsschenkungen, d. h. Bethätigung des Familiensinnes oder persönlicher Zuneigung durch Unterhalt oder Unterstützung von Verwandten oder sonst nahestehenden Personen, ohne daß eine gesetzliche Unterhaltspflicht besteht.
3. Religiöse Schenkungen zur Bethätigung kirchlichen Sinnes bezw. aus Sorge für das Seelenheil.
4. Wohlfahrtsschenkungen im Interesse der Armenpflege, der Krankenpflege, der Gesundheitspflege und dergl. Endlich
5. Bildungsschenkungen für Volksbildung, Unterrichtswesen, Kunst und Wissenschaft.

Die ethische Verpflichtung zu solchen Zuwendungen, welche man im Gegensatze zu den bloßen Gelegenheits- und Anstandsschenkungen als Humanitätsschenkungen[44] zusammenfassen könnte, soll also jetzt — nach dem Wortlaute des B.G.B. — als (nicht klagbare) Rechtsverbindlichkeit anerkannt sein.

Ist diese Neuerung wirklich beabsichtigt und sollte sie als durch das Gesetz verwirklicht anerkannt werden müssen, so wäre sie von unermeßlicher Tragweite. — Bis jetzt ist der Zustand in Deutschland der, daß derartige Humanitätsschenkungen als lobenswerth anerkannt werden, soweit sie zur Kenntniß kommen. Bedeutende Schenkungen dieser Art pflegen, umsomehr als sie vorläufig noch verhältnißmäßig selten sind, auch in der Oeffentlichkeit anerkannt zu werden; — in Ermangelung anderer Auszeichnungen wenigstens durch öffentliche

44) Den Charakter der Humanitätsschenkung behalten vermöge ihres offenkundigen Zwecks solche Zuwendungen auch dann, wenn ihnen eigennützige Motive, wie Eitelkeit, Ehrgeiz, Heuchelei oder Aberglaube zu Grunde liegen. S. oben Anm. 8a.

Belobigung in der Presse. Gemeinnützige Zeitschriften pflegen sie auf besonderen Ehrentafeln zu verzeichnen.

Man kann sich nun allerdings einen idealen Zustand vorstellen, in welchem es als selbstverständliche sittliche Pflicht der Vermögenden gilt, ihren Ueberfluß bezw. einen verhältnißmäßigen Theil ihres Einkommens oder Kapitalvermögens humanen Zwecken zu widmen, folglich die gänzliche oder theilweise Unterlassung solcher Zuwendungen den Vorwurf der Unsittlichkeit begründet.[45]

Die Fragen, ob solcher Zustand unbedingt wünschenswerth, oder vielleicht auch verderblich oder doch gefahrbringend? ob er als sicher bevorstehend oder umgekehrt als unerreichbar zu betrachten? können füglich auf sich beruhen.

Denn entscheidend für die Rechtspflege ist das Volksbewußtsein der Gegenwart. Darüber aber wird füglich kein Zweifel sein, daß das allgemeine Volksbewußtsein jenem Idealzustande zur Zeit noch keineswegs entspricht.

Es dürfte namentlich zur Zeit dem richterlichen Ermessen kaum möglich sein, zu entscheiden, geschweige auch nur annähernd feste Grundsätze dafür aufzustellen, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfange unentgeltliche Zuwendungen auf Grund sittlicher Verpflichtung aus eigenem oder fremden Vermögen gemacht werden dürfen bezw. gemacht werden müssen.[46]

Man darf hierbei nicht vergessen, daß bei Abfassung des B.G.B von dem Grundsatze ausgegangen ist:

> Die dem gegenwärtigen Rechtsbewußtsein am meisten entsprechenden Rechtsgedanken zu kodifiziren und eine Fortbildung nur insoweit eintreten zu lassen, als die bezügliche geschichtliche Entwickelung bereits zum Abschlusse reif erschiene oder als veränderte wirthschaftliche und soziale Verhältnisse eine Aenderung erheischen.[47]

---

45) Wie es in Rückert's Makamen des Hariri (Die Unterhaltung in der Moskee) heißt: „Sie sehen sich als Verwalter nur — der gottverliehnen Hab' an".

46) Die Möglichkeit einer solchen Feststellung ist dem Wortlaute des Gesetzes nach in § 534 bezw. §§ 1446, 1641, 1804, 2113, 2205, 2330 B.G.B. vorausgesetzt. — Man darf wohl ohne Weiteres feststellen, daß „die Besten der Nation" (s. oben Anm. 40) schon heute eine moralische Verpflichtung nicht nur anerkennen, sondern auch thatsächlich üben, einen verhältnißmäßigen (?) Theil ihres Einkommens wohlthätigen Zwecken zuzuwenden. Aber hier fragt sich: wollte der Gesetzgeber die sogen. „obern Zehntausend" mit Ausnahme jener Besten durch Rechtssatz für unsittlich erklären? konnte er es thun auf Grund des deutschen Volksbewußtseins der Gegenwart?; und hat er es durch obige Bestimmungen gethan?

47) Planck Das bürgerliche Gesetzbuch I S. 18.

Da nun bei Berathung der in Rede stehenden §§ von dem Vorhandensein dieser Voraussetzungen einer Fortbildung des bestehenden Rechtes und einer dem entsprechenden Aenderung desselben nirgends die Rede gewesen ist,[48] so ergiebt sich der meines Erachtens zwingende Schluß, daß die hier in Rede stehenden §§ überhaupt nur auf solche Geschenke bezogen werden dürfen, welche, um nicht gegen Anstand und Sitte zu verstoßen, gemacht werden.

Die weitere Rechtfertigung dieser Auslegung gegenüber der anscheinend widersprechenden Fassung des Gesetzes liegt auf sprachlichem Gebiete; und die folgenden Bemerkungen, zu welchen wir hierdurch genöthigt sind, haben dieselbe Bedeutung für die in betreff der condictio indebiti § 814 gewählte Ausdrucksweise, wie für die ganz gleichlautende Bezeichnung der privilegirten Schenkungen.

Bekanntlich umfaßt der römische Ausdruck mores, — das gewohnheitsmäßige Verhalten, — drei Gebiete, welche die deutsche Sprache scharf unterscheidet, nämlich: 1. das der Sitte gemäße Verhalten, 2. das sittliche Verhalten, und 3. das Gewohnheitsrecht. — Jhering[49] hat es als besonders rühmenswerthen Fortschritt der deutschen Sprache hervorgehoben, daß sie zuerst zwischen Sitte und Sittlichkeit scharf unterschieden habe. Auf die Sitte beziehen sich die Ausdrücke: „sittsam", „gesittet" und als Gegensatz: „Unsitte"; auf die Sittlichkeit des Adjektiv „sittlich" und als Gegensatz: „Unsittlichkeit". „Sitte" schlechtweg bedeutet nach deutschem Sprachgebrauch soviel als gute Sitte. —

Diese Ausführungen bedürfen in mehrfacher Hinsicht einer Berichtigung und Vervollständigung.

1. Nachdem schon die griechische Philosophie (Aristoteles) den Unterschied zwischen dem bloß gewohnheitsmäßigen Verhalten (ἔθος) und dem der Gewissenspflicht entsprechenden Verhalten (ἦθος) markirt hatte, kamen zuerst in Rom (anscheinend durch Cicero), sodann im mittelalterlichen Latein die Worte moralis, moralitas im Sinne von sittlich, Sittlichkeit (ἦθος) in Gebrauch; allerdings nur ein Nothbehelf, da die Begriffe „mores" und „Sittlichkeit" sich keineswegs decken, wie wir gesehen haben.[50] — Die römischen Juristen dagegen hatten ihren besonderen Sprachgebrauch. Sie bedienten sich für Sittlichkeit der Worte „boni

48) S. namentlich Prot. II S. 36 f.; IV S. 239, 257 f.; 549, 559; 760; V S. 97 f, 102 f., 109 ff.; S. 276—280, 528; 596.

49) Der Zweck im Recht II S. 50 ff.

50) S. W. Wundt Das Sittliche in der Sprache, in der Deutschen Rundschau Bd. 47 (1886) S. 80 ff. und Ethik S. 19 ff.

mores“ (auch honestas), für Unsittlichkeit der Worte „contra bonos mores“ (auch turpitudo).[51]

2. Erst in der neuhochdeutschen Sprache haben sich die Worte: sittlich, Sittlichkeit, Unsittlichkeit in unserm heutigen Sinne — als begrifflich verschieden von Sitte, gesittet, sittsam — herausgebildet. Nunmehr besaß man den römischen Ausdrücken „boni mores“ und „contra bonos mores“ entsprechende neuhochdeutsche Worte. Daneben aber blieb als gleichbedeutend, namentlich auch in der Gesetzessprache die frühere (romanistische) Ausdrucksweise „gute Sitte“ und „gegen die gute Sitte“ im Gebrauch.[52]

Selbstverständlich ist, soweit in Gesetzen und in der Rechtspflege die Begriffe „sittlich“, „unsittlich“ als normgebend verwendet werden, darunter weder ein „soziales Ideal“ noch Charakter und Gesinnung des Einzelnen zu verstehen, sondern lediglich das dem Normalgewissen, der Gesinnung des gewissenhaften Mannes entsprechende äußere Verhalten.

Auch in dieser Beziehung ist die „Sittlichkeit“ mit den „guten Sitten“ identisch.[53] Erst bei Abfassung des B.G.B. hat sich die Auffassung

---

51) Reiche Quellennachweise s. bei Lotmar Der unmoralische Vertrag. S. 117 ff. Anm. 20 ff. Wundt Das Sittliche in der Sprache a. a. O. S. 82 bemerkt, in Zusammensetzungen, wie sittenlos, Sittenverderbniß u. dgl. sei der Begriff des Sittlichen auf das Wort Sitte zurückübertragen. In der im vorigen Jahrhundert vielgebrauchten Redensart: „ein Mann von guten Sitten“ seien die „boni mores“ der Römer nicht zu verkennen. — Ueber die Entwickelung des sittlichen Bewußtseins ebenda S. 89 ff.

52) S. z. B. das Sächs. B.G.B. §§ 1540—1544; Dresdner Entw. eines gemeinsamen Gesetzes über Schuldverhältnisse (1866) Art. 3, 110, 111, Art. 993—995. Im Badischen Landr. (1809) Satz 6 und Satz 1131, 1133 ist der entsprechende Ausdruck des code civil „contraire aux bonnes moeurs“ correct durch „der Sittlichkeit entgegen“ wiedergegeben.

53) Darüber war man anscheinend nicht im Klaren, als der in zweiter Lesung gestellte Antrag (Prot. I S. 125) abgelehnt wurde, im § 138 B.G.B. (ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig), statt „gute Sitten“ zu sagen „Sittlichkeit“. Dies ergiebt die Motivirung des Beschlusses und seine Rechtfertigung durch Planck und Rehbein. Ersterer sagt (Bürgerliches Gesetzbuch I S. 190), durch obige Fassung werde darauf hingewiesen, daß das jeweilige Volksbewußtsein, nicht diese oder jene theoretische Ansicht über die Anforderungen der Sittlichkeit entscheidend ist. Rehbein (Das bürgerl. Gesetzb. mit Erläuterungen I S. 182) rechtfertigt den Beschluß dadurch, daß die Sittlichkeit nicht Gegenstand einer Rechtsnorm des Verkehrs sein könne. Dies ist nur dadurch zu erklären, daß Rehbein unter Sittlichkeit hier „die innere Gesinnung des Einzelnen“ versteht. Denn die Sittlichkeit im objektiven Sinne kommt als Norm nicht nur in den älteren Gesetzen, sondern auch im B.G.B. selbst vor, z. B. §§ 618, 1568, 1575,

geltend gemacht, als handle es sich bei diesen beiden Ausdrücken um verschiedene Begriffe. Dadurch ist eine schwer zu beseitigende Verwirrung entstanden,[54] auf welche näher einzugehen, einer andern Gelegenheit vorbehalten bleiben muß.

3. Ein weiterer Grund der Sprachverwirrung liegt darin, daß die Moralphilosophie nicht, wie die Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, zwingende Gründe hat, zwischen Sitte und Sittlichkeit zu unterscheiden.[55] Sie unterscheidet nur zwischen Moral und Recht. Im Gegensatz zu den auf wechselnden Zweckmäßigkeitsgründen beruhenden und durch staatlichen Zwang aufrechterhaltenen Rechtsnormen stehen die von äußerem Zwange unabhängigen, relativ unabänderlichen Sittlichkeitsnormen. Für diese hat aus dem angeführten Grunde die Moralphilosophie die Ausdrücke: „Sittengesetz", „Sittenpflicht" beibehalten. Die „Sittenlehre" handelt von der dem Ideal zustrebenden Sittlichkeit als einem Erzeugnisse der menschlichen Natur.

Diese dem Gebiete der Ethik eigenthümliche Ausdrucksweise richtet unfehlbar Verwirrung an, wenn sie in die Rechtswissenschaft hineingebracht wird, wie dies neuerdings vielfach geschehen ist. So werden z. B. in den Motiven (I S. 202) die Ausdrücke: „Sittenpflichten" und „Sittlichkeit", sittenwidrig" und „vom Standpunkte der Sittlichkeit verwerflich"

1611 Abs. 1, 1666, 2333⁵, 2335, 2336 S. auch G.B.G. § 173; Strf.G.B. §§ 171 bis 184; H.G.B. § 71³, § 77 Abs. 3.

54) Man vergleiche die Erläuterungen von Lotmar, Steinbach, Planck, Rehbein, Cosack und Schollmeyer, so wird man sehen, daß jeder den in der vorigen Anm. erwähnten Beschluß zweiter Lesung und folgeweise auch den § 138 B.G.B. anders auslegt. — Endemann, Lehrbuch (3. Aufl. 1897) I S. 436, 319 billigt den Beschluß ausdrücklich, nachdem er vorher erklärt hat, derselbe sei zwar von „unbekannter Spannweite", aber man müsse das Beste hoffen. In der Kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 41 (1899) S. 524 sagt er, die „guten Sitten" seien durchaus nicht identisch mit Sittlichkeit oder Moral, sie weisen auf die juristisch gefestigten und durch praktische Rechtsübung anerkannten und zugleich umgewandelten Sitten hin. Die juristische Reception und den Inhalt dieser Sitten festzustellen sei Aufgabe des Richters.

55) Als Probe dienen folgende Stellen aus Paulsen, System der Ethik (4. Aufl. 1896) S. 319: „Ursprünglich gebietet die Pflicht, der Sitte gemäß zu leben. Unser Sprachgebrauch hält diese Anschauung fest, wenn er das pflichtmäßige Verhalten sittlich, das pflichtwidrige unsittlich nennt. Wir können also sagen, die Pflicht ist bekleidet mit der Autorität der Sitte." Ferner S. 335 ebenda: „Wir erklären das Gewissen in seinem Ursprunge als das Bewußtsein von der Sitte oder das Dasein der Sitte im Bewußtsein des Individuums." — Ebenso Paulsen, Einleitung in die Philosophie (1893) S. 208. — S. auch Brockhaus, Konversationslexikon (14. Aufl. 1895) sub v. Sitte: „Die dem Sittengesetze gemäße Handlungsweise heißt sittlich oder sittlich gut."

abwechselnd gebraucht. So spricht Endemann[56] von dem „*höhern Sittengesetze*“, das auch in Rechtsangelegenheiten alle binde. — Durch diese unvorsichtige Vermengung des ethischen mit dem juristischen Sprachgebrauche wurde einer Verwechselung der *sozialen* Pflicht, nicht gegen die Sitte zu verstoßen, mit einer *sittlichen Pflicht* Vorschub geleistet, wie wir solche im B.G.B. nunmehr vor uns haben.

Nach dem Gesagten würde sich die in § 814, sowie in dem die privilegirten Schenkungen betr. §§ 534, 1446 u. s. f. gewählte Ausdrucksweise zur Genüge schon dadurch erklären, daß man die „moralische Verbindlichkeit“ (Th. I Tit. 16 § 178 Allg.Pr.Ldrechts) — wörtlich aber unrichtig — durch „sittliche Pflicht“ übersetzt und in Folge der in der Ethik gebräuchlichen Terminologie angenommen hat, die „sittliche Pflicht“ sei identisch mit der Sittenpflicht,[57] als der *sozialen* Pflicht, nicht gegen die Sitte zu verstoßen.[58]

Noch näher indessen liegt vielleicht eine andere Erklärung.

Wenn ein deutscher Gesetzgeber die Berücksichtigung der *Sitte* als Norm aufstellt, so versteht es sich nach dem Sprachgebrauche und dem Zwecke der Gesetzgebung von selbst, daß unter „*Sitte*“ nicht schlechte Sitte (Unsitte), sondern *gute Sitte* gemeint ist und nur eine in dem interessirenden Kreise *als herrschend anerkannte gute Sitte*.

---

56) A. a. O. S. 434 Anm. 2. Auch *Baron*, Pandekten § 58 bezeichnet die *unsittlichen* Rechtsgeschäfte als „*durch das Sittengesetz*“ verboten.

57) In dem Prot. V S. 102 findet sich gegentlich die Wendung „sittliche und Anstandspflicht“. Gemeint ist m. E. „Anstands- und Sittenpflicht“, letztere aber im juristischen nicht im moralphilosophischen Sinne. — In einer kürzlich erschienenen Schrift von A. *Engelmann*, Oberlandesgerichtsrath zu Breslau (Das Deutsche Handels-, Wechsel- und Seerecht 1899 S. 6 wird die *Verkehrssitte* im Sinne der §§ 157, 242 B.G.B. definirt als „das, was der redliche des Geschäftslebens kundige Mann für anständig und *sittlich* hält“. Hier ist sittlich im Sinne von „*der Sitte gemäß*“ gebraucht. Dies ist zwar nach heutigem Sprachgebrauche *nicht zulässig*, aber geschichtlich läßt sich die Neigung dazu erklären. Im *Mittelhochdeutschen* bedeutete „*sitelich*“ in der That soviel als: der Sitte gemäß (M. *Lexer*, Mittelhochdeutsches Taschenwörterbuch 2. Aufl. Leipzig 1881, *Wundt*, Ethik S. 21). Im *Neuhochdeutschen* fehlt es an einem entsprechenden Eigenschaftswort; denn „gesittet“ und „sittsam“ werden in einem engeren Sinne gebraucht für feines Benehmen bezw. bescheidene Zurückhaltung.

58) Rücksicht auf die Landessitte zu nehmen wird in zahlreichen Sprüchwörtern empfohlen, z. B. „Si fueris Romae, Romano vivito more, si fueris alibi, vivito sicut ibi.“ „Homme doit vivre selon le pays, ou il est.“ „Paese dove vai, fà come vedrai.“ „Des Landes Sitten und Gewohnheit soll man halten.“ „Wohin man kommt, da soll man halten des Landes Sitten und der Alten.“ „So manch Land, so manche Sitt', wer werth sein will, der mach' es mit.“ *Wander*, Deutsches Sprüchwörterlexikon (1870) II S. 1763 ff.

Die Antragsteller aber, welche die jetzige Fassung der in Rede stehenden §§ in Vorschlag brachten, glaubten, jenen u. E. selbstverständlichen Sinn von „Sitte“ noch besonders zum Ausdrucke bringen zu müssen und wählte zu diesem Zwecke statt der „guten Sitten“ die Worte „sittliche Pflicht“. Dagegen wurde nichts erinnert, weil ja an andern Stellen des Gesetzbuchs durch „gute Sitte“ der Begriff „sittlich“ im objektiven und subjektiven Sinne wiedergegeben worden war.[59] So trat unvermerkt ein gebieterisches Soll (die sittliche Pflicht) an Stelle des Ist (der thatsächlich herrschenden Sitte).

Ein terminologischer Mißgriff lag aber hierin insofern vor, als

a) in Folge der Uebersetzung einerseits von Sitte durch „sittliche Pflicht“ andrerseits von Sittlichkeit durch „gute Sitte“ eine Begriffsverwirrung fast unvermeidlich eintreten mußte, und auch bereits eingetreten ist;

b) in der Rechtssprache die Begriffe „Sitte“ und „Sittlichkeit“ auseinandergehalten werden müssen, aus dem im Eingange dieser Abhandlung (S. 156) angedeuteten Gründen.

Endlich giebt es, wie schon erwähnt

c) Unsitten, welche als unsittlich, als Verstoß gegen sittliche Pflicht theils überhaupt nicht, theils wenigstens zur Zeit nicht qualifizirt werden können.

Nach alledem gelangen wir zu einem Schlußergebnisse, welches der Leser wohl längst vorausgesehen hat und das uns in der That als unausweichlich erscheint.

Man wird annehmen müssen, daß der Gesetzgeber sich im Ausdrucke vergriffen hat; daß die von ihm in den besprochenen Vorschriften gebrauchten Worte keinen andern Sinn haben, als:

Schenkung bezw. Leistung, durch welche einer auf Anstand und Sitte zu nehmenden Rücksicht genügt wird.[60]

---

59) Nämlich in §§ 138, 817, 819, 826 B.G.B. — S. auch Preuß. Gesinde-Ordng. v. 8. Nov. 1810 §§ 138, 139. — Charakteristisch für das im Texte Gesagte ist ein Ausspruch von Hoelder, Kommentar zum Allgem. Theil des B.G.B. München 1900 S. 305 in seinen tiefsinnigen Erläuterungen zu § 138 B.G.B. Er sagt: „Einen Verstoß gegen die guten Sitten begeht, wer einer sittlichen Pflicht zuwiderhandelt, der zu genügen Sitte ist.“

60) Nach Dernburg Das bürgerliche Recht ꝛc. II S. 11 unterscheiden sich die im § 534 bezeichneten Schenkungen von unvollkommenen (klaglosen) Verbindlichkeiten dadurch, daß sie nicht wie diese wahre Erfüllung einer Schuld bilden. — Er bezeichnet sie als solche, welche nach Anstand und Sitte gewährt werden. Den Ausdruck „sittliche Pflicht“ hat er vermieden.

Albert Friedrich Berner.

Wie kommt es, daß Adolf Merkel im Strafrecht den Determinismus vertritt?

Merkel geht aus von folgenden Voraussetzungen.

Handlungen und Charakter stehen in kausalem Zusammenhange. Die Handlungen gehen aus dem Charakter mit Nothwendigkeit hervor. Das Kausalgesetz, welches in der Natur herrscht, gilt auch im Bereich menschlichen Handelns. In diesem Sinne bekennt sich Merkel zum Determinismus.

Er stellt seine Lehre der herrschenden Auffassung gegenüber, welche die Geltung des Kausalgesetzes auf dem Felde des menschlichen Handelns leugnet. Er wirft ihr vor, daß sie, durch die Annahme der Wahlfreiheit, die Handlungen als unabhängig vom Charakter, als zufällig betrachte.

Merkel bestreitet aber durchaus nicht, daß Freiheit des Willens eine Voraussetzung rechtlicher Zurechnung und ein Element der Zurechnungsfähigkeit sei. Von seinem deterministischen Standpunkte aus ist ihm indeß die Freiheit nichts Anderes, als die Macht eines Individuums, seiner „Eigenthümlichkeit" gemäß wirksam zu werden. Dagegen sei, nach der indeterministischen Auffassung, die Freiheit des Willens die Macht, unabhängig von seiner eigenen Beschaffenheit, ja im Widerspruche mit derselben, wirksam zu werden.

Nun zieht Merkel die Konsequenzen aus den beiden entgegengesetzten Auffassungen. Nach der ersten Auffassung wenden wir uns bei der Zurechnung einer That deshalb gegen das Subjekt derselben, weil und insofern wir es in der That mit ihm, mit der Macht und „Eigenart" seines Wesens zu thun haben. Nach der zweiten Auffassung legen wir dagegen dem Subjekte die That zur Last, weil und sofern dieselbe mit seinem Wesen durch kein „kausales Band" verknüpft ist. Die Kluft, welche der „ursachlose" Entschluß zur That zwischen diesem Wesen und der That bilden würde, dient hier der Zurechnung als Brücke. — Nach der ersten Auffassung ist in desto vollerem Sinne von freier Willensbethätigung zu reden, je vollständiger das, was geschehen ist, in dem „Charakter" des Handelnden seine Erklärung findet, und in demselben

Maße ist das Geschehene zuzurechnen. Nach der zweiten Auffassung würde, umgekehrt, umsoweniger von freier Willensbethätigung die Rede sein, je vollständiger und freier der Charakter des Handelnden in dem, was geschehen ist, sich ausspricht, und in demselben Maße würde das Maaß seiner Verantwortlichkeit verringert sein.

Das ist, in ihren Grundzügen, die Theorie von Merkel, die sich gleichzeitig für den Determinismus und für die Freiheit erklärt. Sie hat in den beiden einander bekämpfenden Lagern Mißverständnisse erregt.

Wir werden vielleicht zu einem befriedigenden Resultat gelangen, wenn wir zweierlei Unterscheidungen festhalten, die bei Merkel nicht hervortreten; es sind die Unterscheidungen:

erstens von Ursachen und Motiven,
zweitens von Naturell und Charakter.

---

1. Merkel stellt uns vor die Alternative:

Entweder Ursachlosigkeit, mithin Zufälligkeit: Indeterminismus. Oder Kausalgesetz, mithin Nothwendigkeit: Determinismus.

Hier fehlt die Unterscheidung von Ursachen und Motiven.

Meint man mit der Ursachlosigkeit die Zufälligseit, wie in der That Merkel es thut, so umfaßt Ursachlosigkeit die Abwesenheit nicht nur von Ursachen, sondern auch von Motiven. Ein auf solche „Ursachlosigkeit" gegründeter Indeterminismus ist freilich ein Unding.

Meint man mit dem Kausalgesetz die unausweichliche naturgesetzliche Nothwendigkeit, so ist der Determinismus nicht minder verwerflich. Er würde die Willensfreiheit ausschließen.

2. Der Jurist möge denken an den Unterschied von Anstiftung und Zwang. A. bestimmt den B. durch Motive zu einer Handlung; da bleibt B. für die That verantwortlich, weil er, trotz der empfangenen Motive, frei gehandelt hat. C. nöthigt den D. durch Zwang (durch naturgesetzliche Ursachen); da hat er nur auf den Leib des D. eingewirkt und dessen Willen gar nicht erreicht; D. selbst hat gar nicht gehandelt, ist also auch für die That nicht verantwortlich.

3. Eine naturgesetzliche Ursache, mag sie unmittelbar, oder mag sie durch die Vermittelung einer Person auf uns einwirken, kann unseren Willen nicht ohne Weiteres in Bewegung setzen. Sie kann einen Eindruck auf uns machen, der eine vielleicht noch traumartige Empfindung, einen Reiz, ein Begehren zur Folge hat, welches zu einer instinktartigen und darum nicht zurechenbaren Wirksamkeit führt. Geht aber die

Seele über diesen, dem Willen noch nicht unterworfenen Zustand hinaus, gelangt sie zu deutlichen Vorstellungen, zum klaren Bewußtsein ihres Begehrens, so betritt sie den Machtkreis ihrer Freiheit: sie wählt jetzt unter den Motiven, durch die sie ihr Handeln bestimmen will.

Diese Wahlfreiheit tritt freilich nicht bei allen Handlungen gleich deutlich hervor. Man muß nämlich sittlich indifferente und sittlich bedeutsame Handlungen unterscheiden.

Bei sittlich indifferenten Handlungen thut Jeder das, was er zur Erreichung seines Zweckes nothwendig findet. Die Wahlfreiheit tritt hier nicht hervor.

Bei sittlich bedeutsamen Handlungen, wo es auf gut oder böse ankommt, richtet sich dagegen die Wahlfreiheit in ihrer ganzen Hoheit auf: die möglichen Motive müssen nun vor dem moralischen Tribunal des Gewissens erscheinen und der Mensch hat sich zu entscheiden, ob er den zum Guten oder den zum Bösen auffordernden Motiven folgen will.

Wie der Wille einerseits nicht durch naturgesetzliche Ursachen bewegt werden kann, so kann er andererseits sich auch nicht ohne Motive bethätigen.

4. Aber die Motive, sind sie denn nicht nothwendige Ausflüsse der Eigenart, des Naturells, des Charakters der handelnden Person? Und wenn sie, unter diesem Gesichtspunkte, sich als nothwendig darstellten, verschwände alsdann nicht der Unterschied zwischen Motiven und naturgesetzlichen Ursachen? Und, umgekehrt, wenn sie nicht nothwendig wären, würde da nicht der Zusammenhang unter den Handlungen der Person, ja sogar der Handlungen mit der Person selbst undenkbar sein, so daß man die Bildung eines Charakters nicht mehr begreifen könnte und am Ende selbst die Zurechnung aufgeben müßte?

Vor Allem werden wir auf den Unterschied von Naturell und Charakter eingehen müssen.

5. In der Naturanlage oder dem Naturell eines Menschen können Eigenschaften liegen, welche zu gewissen guten oder bösen Handlungen disponiren. Hierher gehören z. B. Mitleid und Mißgunst. Hierher rechnen wir auch die Eigenschaften des Temperamentes, die sich oft sehr deutlich in den Verbrechen abspiegeln. Das sanguinische Temperament macht geneigt zu Geschlechtsvergehen, das cholerische zu Gewaltthaten, insbesondere zum Todtschlag, das melancholische zum Selbstmord; bei Vagabunden findet sich häufig das phlegmatische Temperament. Aber die Temperamente machen auch zu guten Handlungen geneigt. Und wenn

zum Beispiel ein entartetes phlegmatisches Temperament den abgestumpften und in Trägheit versunkenen Landstreicher zu kennzeichnen pflegt, so treten uns bei dem wahren, im ruhigen energischen Gleichmaß seiner Kräfte beharrenden phlegmatischen Temperamente oft die herrlichsten Erscheinungen entgegen, große und tiefe Gedanken und ein mächtiger Wille, der hohe Ziele mit langsam aber stetig wirkender Energie erreichte. — Auch das Mitleid kann nach den beiden entgegengesetzten Seiten wirken. In der Regel reizt es wohl zu guten Handlungen; es kann aber auch zu sittlichen Fehlgriffen führen, wenn man es da ungehindert walten läßt, wo Ernst und Strenge am rechten Orte wären.

6. Es fragt sich nun: Wie steht es mit dem Zusammenhang von Naturell und Handlungen? Sind letztere nothwendige Ausflüsse des Naturells, oder wird die Freiheit des Willens durch die Einwirkungen des Naturells nicht ausgeschlossen?

Bei der Beantwortung dieser Frage sehen wir gänzlich ab von solcher Antrieben, welche, wie Hungersnoth oder höchster Affekt, nicht hierher gehören, im Strafrecht einen besonderen Platz einnehmen und eine besondere Beurtheilung erfahren.

Für die Würdigung der Einwirkungen des Naturells auf die Handlungen aber müssen wir zwei Zeiträume unterscheiden, nämlich die Zeit vor und die Zeit nach erreichter moralischer Reife.

Ist der Mensch unter glücklichen Verhältnissen geboren und aufgewachsen, so umfaßt jener erste Zeitraum das Arkadien der Jugend, beleuchtet von der Morgenröthe des Lebens, wo dem erwachenden Menschen die Welt paradiesisch entgegenglänzt, wo er seinen Trieben, seiner Sinnlichkeit, seiner Selbstsucht und Genußsucht unbefangen folgt, ohne durch den ernsten Gedanken der Pflicht beengt zu werden. Da es indeß die ursprüngliche Bestimmung des Menschen ist, sich von dem natürlichen zum sittlichen Leben zu erheben, so kann dieser harmlose, vom Kampf zwischen Wunsch und Pflicht noch unberührte Zustand nicht von langer Dauer sein; schon früh dämmert oft ein Schimmer des Pflichtbewußtseins auf, gewinnt aber nicht die nöthige Klarheit und Bestimmtheit, um den noch in den natürlichen Trieben befangenen Willen zu lenken.

In späteren Jahren verklärt wohl oft die Phantasie das Bild dieses Zustandes zu einem Ideal und weckt in der Seele eine stille Sehnsucht nach der Rückkehr zu einem Frieden, der freilich in seiner Ursprünglichkeit und Unmittelbarkeit nicht wieder zu gewinnen ist. — Aber das Erinnerungsbild an die Jugendzeit kann auch ein düsteres sein, wenn das Naturell überwiegend zu schlimmen Handlungen reizte.

Der erste Zeitraum läßt sich nicht allgemeingiltig für alle In-

dividuen abgrenzen, ist sogar bei denselben Individuen nicht immer und für alle Handlungen derselbe. So lange er aber da ist, sind die dem Naturell entstammenden Handlungen weder gut noch böse, weil der handelnden Person der sittliche Maßstab noch gefehlt hat. Für unsere Frage ist also dieser Zeitraum ohne Belang.

Aber wie steht es in dem *zweiten Zeitraum*, wo das *Pflichtbewußtsein vorhanden* ist? Wären auch hier die Handlungen bedingungslos dem Naturell verfallen, so müßten wir offenbar die Freiheit des Willens aufgeben.

Ist denn aber das Naturell unwandelbar? *Muß* der von Natur Mitleidige den Regungen seines Mitleids folgen, wenn das Pflichtbewußtsein strenge Gerechtigkeit fordert? Ist der Mensch ein Sklave seines Temperaments? Die erste Frage verneint der gesunde Verstand ohne Bedenken. Die zweite Frage ist schon deshalb zu verneinen, weil das Temperament mit dem Lebensalter zu wechseln pflegt. *Das Naturell, soweit es sich um seine sittliche Bethätigung handelt, ist bestimmbar*; und da es für uns nur hierauf ankommt, so könnten wir die Frage, ob sich das Naturell *umwandeln* lasse, unberührt lassen. Auf die Erfahrungen gestützt, dürfen wir indeß hinzufügen: Veränderungen des Naturells liegen so sehr im Bereiche der Möglichkeit, daß die Wissenschaft sogar ausdrücklich ein *angeborenes* und ein *anerzogenes oder erworbenes* Naturell unterscheidet.

7. Vom Naturell gehen wir über zum *Charakter*.

Charakter heißt das selbsterworbene sittliche Gepräge eines Menschen, welches auf der Einheit von Grundsätzen und der Festigkeit des ihnen gemäßen Wollens beruht. Er ist also ein Ausfluß der Freiheit, während das Naturell in seiner Ursprünglichkeit ein gegebenes ist. Das Naturell kann nur die natürliche Grundlage des Charakters sein.

Kant spricht aus, daß Erziehung, Beispiele und Belehrung die Festigkeit und Beharrlichkeit in Grundsätzen, welche den Charakter kennzeichnen, nicht nach und nach herbeiführen können; sie könne vielmehr gleichsam nur durch eine Explosion, die auf den Ueberdruß an dem schwankenden Zustande des Instinkts auf einmal erfolgt, bewirkt werden. Hier handelt es sich aber bei Kant um eine ideale Vorstellung, welche mit der Erfahrung nicht übereinstimmt. Man kann sich nicht plötzlich moralisch umstempeln; erfahrungsgemäß bedarf es zur Begründung und Festigung des Charakters der Handlungen, durch welche gewisse Grundsätze je länger, je mehr Bestand gewinnen. Man kann daher sagen: der Charakter geht aus Handlungen hervor, wie hernach die Handlungen aus ihm hervorgehen.

Durch Wiederholung der gleichen Handlungen entsteht eine wachsende Neigung zu gleichen Handlungen, welche, auch ohne eine Nöthigung zu sein, den Zusammenhang der Handlungen unter einander und die Bildung eines Charakters genügend erklärt.

Es fragt sich nun: Wie steht es um den guten und um den bösen Charakter, und wie ist der Einfluß beschaffen, den der eine und der andere auf die Handlungen ausübt?

8. Der gute Charakter ist der Konsequenz in den Grundsätzen und in der Befolgung derselben durch Handlungen in hohem Grade fähig. Je fester der gute Charakter, desto sicherer kann man auf die von ihm zu erwartenden Handlungen schließen. Aber der Charakter ruht auf Freiheit, die nie zu einem Zustande werden kann, sondern immer aufs Neue gewonnen werden muß. Seine Wirkungen fallen nicht unter eine naturgesetzliche Nothwendigkeit; bei jeder Handlung des guten Charakters müssen die einmal anerkannten Motive, welche für das Gute den Ausschlag geben, aufs Neue anerkannt und frei gewollt werden; mit der Festigkeit des Charakters wächst also die Freiheit und die Verdienstlichkeit. Aber eine absolute Festigkeit, wo der Charakter, trotz seiner Freiheit, wie mit der Unveränderlichkeit eines Naturgesetzes wirken würde, ist nur denkbar in dem absoluten Wesen, in der Gottheit, wo Freiheit und Nothwendigkeit sich decken.

Aus langen schweren Kämpfen ist ein ehrenhafter sittlicher Charakter hervorgegangen; Jeder glaubt zu wissen, was er von ihm zu erwarten hat. Wird diese Erwartung niemals getäuscht? Können die den guten Motiven entgegenwirkenden Motive niemals so verführerisch werden, daß sie einen Abfall herbeiführen? Soll man gleich von Heuchelei sprechen, wenn Jemand eine Handlung begeht, die seines Charakters unwürdig ist? Wer ohne Weiteres so urtheilte, wäre ein unerfahrener Psycholog, ein schlechter Kenner der Schwäche der menschlichen Natur. Mit Schmerz wird jeder Edle auf einen solchen Abfall blicken und der Schmerz wird bei dem Gefallenen selbst am tiefsten gehen. Aber Schwäche und Heuchelei liegen weit von einander.

Der menschliche Charakter ist wandelbar, kann im Laufe des Lebens sich verändern und in Verfall gerathen.

9. Und nun der böse Charakter, wie sollen wir von dem denken?

Wir gehen von einigen verbürgten Erfahrungen aus.

Einem tiefblickenden Kenner des Verbrecherthums steht es fest, daß es wohl leicht und bald geschieht, daß man einmal sündigt und tief sinkt, daß es aber viel schwerer ist, als man gewöhnlich glaubt, auf dem bösen

Wege zu verharren und mit Bewußtsein und entschiedenem Willen ein Bösewicht zu werden. In den mannigfaltigsten Gestalten ist auch dem Tiefgesunkenen das Gute schon nahe getreten und hat sein Herz bewegt; es bleibt wohl immer in seinem Gemüth eine weiche Stelle, durch die er noch mit dem Guten verbunden ist und wo man ihn fassen kann. Warnungszeichen aller Art stehen am Wege: Beispiele verfehlten Lebens, traurige Ueberbleibsel von Menschen, die einst etwas Besseres waren, die schwindende Achtung der Mitbürger, während verdorbene Menschen den Gefallenen höhnisch als Ihresgleichen behandeln. Auch läßt die Vergeltung nicht lange auf sich warten, wenngleich nicht plötzlich und durch äußerlich treffende Schläge, so doch in den feineren Beziehungen des Lebens, in dem Unfrieden der Seele, in ihrem zunehmenden Gefühl der Einsamkeit und Verlassenheit, so daß die Sünde selbst als der Sünde größte Strafe empfunden wird. Das Gewissen läßt sich allerdings sehr abstumpfen und verblenden, übt aber doch eine mächtige, ob auch manchmal verdeckte Gewalt aus. Alle diese sittlichen Mächte treten dem bewußten und konsequenten Fortgange auf der Straße des Verderbens hindernd entgegen, so daß es zur Ausbildung eines bösen Charakters nicht kommt.

Ein anderer feiner Beobachter von Verbrechern bezeugt die entsetzliche Charakterlosigkeit, die vornehmlich bei Dieben angetroffen wird. Trotz aller guten Vorsätze fallen sie bei der geringsten Versuchung in ihr Verbrecherleben zurück, und selbst die ernsteste Zucht und die fürsorgendste Liebe ist oft kaum im Stande, einen solchen unglücklichen Menschen zu einer wirklichen Konsequenz und Ausdauer im rechtschaffenen Handeln hinüber zu leiten.

Auch das ist wohl als ein Erfahrungssatz auszusprechen, daß ein Mensch von energischem bösen Willen der Besserung zugänglicher ist als ein Verbrecher von jener Willensschlaffheit, deren wir so eben gedachten. Denn durch die Energie seines Willens kann er über das Böse Herr werden, während die Schwäche des Willens in die dauernde Knechtschaft des Bösen führt.

Von der Grundlage der Erfahrung ausgehend stimmen wir mit Kant überein, wenn er den bösen Charakter ganz und gar leugnet. Kant spricht aus: „Man kann nicht füglich sagen, die Bosheit eines Menschen ist eine Charaktereigenschaft desselben; denn alsdann wäre sie teuflisch; der Mensch aber billigt das Böse in sich ein; und so giebt es dann eigentlich keine Bosheit aus Grundsätzen, sondern nur aus Veranlassung."

10. Aus unserem ganzen Aufsatze ziehen wir, Merkel gegenüber, den Schluß:

Die Handlungen gehen weder aus dem Naturell, noch aus dem Charakter mit Nothwendigkeit hervor. Das Kausalgesetz, welches in der Natur herrscht, gilt nicht im Bereiche menschlichen Handelns. Ein Wollen ohne Motive giebt es freilich nicht, aber bei der Entscheidung über gut oder böse herrscht Wahlfreiheit.

Theodor Mommsen.

Das ägyptische Gesetzbuch.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß der römische Statthalter in Aegypten, wie jeder Provinzialstatthalter, je nach dem Personalstand der Parteien, das Recht der römischen Bürger, das römisch-internationale, das örtliche ägyptische bei seiner Rechtspflege zu Grunde gelegt hat. Die staatsrechtliche Befugniß zu solcher Jurisdiction, wie sie in dem proconsularischen oder proprätorischen Imperium der eigentlichen Statthalter enthalten ist, fehlte diesem Beamten von Ritterrang allerdings, aber 'imperium ad similitudinem proconsulis lege sub Augusto ei datum est';[1] was von den Statthaltern gilt, wird auch auf diese Präfecten Anwendung finden.

Die römische Rechtspflege, die städtische sowohl wie in noch höherem Grade die provinziale, fordert von dem antretenden Magistrat die Zusammenstellung derjenigen Normen, nach welchen er sie auszuüben beabsichtigt, die im eminenten Sinne als Edict bezeichnete Quasicodification. Allerdings wird sich dieselbe bei den Provinzialbeamten in Betreff der römischen civilen und internationalen Satzungen im Wesentlichen auf die Adoptirung der Edicte der hauptstädtischen Prätoren beschränkt haben,[2] wogegen die lokalen Satzungen, so weit den Beamten dergleichen erforderlich schienen, für jeden Sprengel besonders festzusetzen waren. Auf diese sind die Statthalter sicher in sehr ungleichem Umfang je nach den örtlichen und zeitlichen Verhältnissen eingegangen. Nach dem, was Cicero über sein cilicisches Edict mittheilt, enthielt dasselbe in seinem speciell

---

1) Ulpian Dig. 1, 12. 1. Tacitus ann. 12, 60: divus Augustus apud equestres qui Aegypto praesiderent, lege agi decretaque eorum primae haberi iusserat ac si magistratus Romani constituissent.

2) Cicero unterscheidet in der lichtvollen Auseinandersetzung ad Att. 6, 1, 15 in seinem Provinzialedict von den speciell auf Kilikien bezüglichen die allgemeinen Festsetzungen, wobei er im Uebrigen sich lediglich auf die edicta urbana bezieht und nur die Vorschriften über Erbschaft und Konkurs (de hereditatum possessionibus, de bonis possidendis, magistris faciendis, vendendis — so die Ueberlieferung) besonders hervorgehoben werden, weil hier das jurisdictionelle Imperium in besonderer Schärfe hervortritt.

für die Provinz bestimmten Theil hauptsächlich Verfügungen gegen Unterschleif und Wucher[3] und daneben die allgemeine Anerkennung der örtlichen Satzungen für diejenigen Prozesse, bei welchen kein Römer betheiligt ist.[4] Aber wenigstens die Möglichkeit einer provinzialen Codificirung des Lokalrechts ist wie für jede Provinz, so auch für Aegypten hiermit gegeben.

Diese abstrakten Betrachtungen scheinen durch einen neuerdings gemachten Fund concreten Werth zu erhalten. Er entstammt, wie schon angedeutet worden ist, der großen Fundgrube, welche die ägyptischen Papyri für alle Forschungsgebiete aufgethan haben und aus der uns älteren Männern beschieden ist, wenigstens noch die Anfänge mit zu erleben.

Der letzte Jahrgang der von Grenfell und Hunt herausgegebenen Oxyrhynchus Papyri hat ein Aktenstück aus dem Jahre 186 n. Chr. an das Licht gebracht, das an Wichtigkeit, wie freilich auch an Schwierigkeit, alle bisher gefundenen gleichartigen aus römischer Zeit weit hinter sich läßt. Es ist eine an den Statthalter von Aegypten Pomponius Faustinus gerichtete Eingabe der Dionysia, Gattin des Horion, gegen ihren Vater Chaeremon, betreffend theils die zwischen Vater und Tochter bestehenden ökonomischen Verhältnisse, theils die von dem Vater verlangte, von der Gattin verweigerte Ehescheidung.

Abgesehen von dem sachlichen Inhalt ist dieses Actenstück merkwürdig durch seine Form. Wir finden hier schriftliche an das höchste Gericht gerichtete Eingaben der streitenden Parteien, des Vaters und der Tochter, welche beide in großer Ausführlichkeit ihre Ansprüche entwickeln und mit Gesetzen und Präjudicaten belegen. 'Von dem Gesetz, welches mir dies Recht giebt,' schreibt der Vater 'lege ich den betreffenden Abschnitt dir bei'[5] und schließt diesem eine Anzahl Präjudicate an.[6] Die Tochter, deren Eingabe uns vorliegt, fügt 'aus den vielen ähnlichen Rechtssprüchen' einige bei 'von Präfecten, Procuratoren und Archidikasten, sowie Bescheide der Rechtsgelehrten'.[7] In der That enthalten die Beilagen, soweit sie diese

---

3) a. a. O.: edictum provinciale, in quo est de rationibus civitatum, de aere alieno, de usura, de syngraphis, in eodem omnia de publicanis.

4) Nach dem Vorgang Scävolas gestattete Cicero in seinem Edict ut Graeci disceptent inter se suis legibus. Dabei ist zunächst an die städtische Rechtspflege gedacht, aber es liegt doch nicht in den Worten, aber in der Rechtskonsequenz, daß auch wo die römischen Richter sprechen, da, wo das örtliche Recht nicht durch römische Ordnungen ausgeschlossen wurde, dasselbe auch für diese Gerichte maßgebend war.

5) S. 157, Col. 6 Z. 15: *τοῦ νόμου διδόντος μοι ἐξουσίαν, οὗ τὸ μέρος ὑπέταξα, ἵν' εἰδῇς.*

6) Col. 7 Z. 27: *ὑπέταξεν καὶ τὰς .. κρίσεις.*

7) Col. 7 Z. 14: *ὑπέταξα σοι ἀπὸ πλειόνων περὶ τούτου κριθέντων ὀλίγας ἡγεμόνων καὶ ἐπιτρόπων καὶ ἀρχιδικαστῶν κρίσεις, ἔτι δὲ καὶ νομικῶν προσφωνήσεις.*

Frage betreffen, drei in verwandten Prozessen ergangene Erkenntnisse ägyptischer Beamten, des Präfecten Flavius Titianus vom Jahre 128, des Epistrategen Paconius Felix vom Jahre 134 und eines iuridicus Umbrius vom Jahre 87, weiter das in Sachen der Dionysia abgegebene an den Flottenpräfecten Salvistius Africanus adressirte Gutachten eines ägyptischen *νομικός*, des Ex-Agoranomen (von Oxyrhynchos?) Ulpius Dionysiodorus.[8] Jene Urtheile sind den Gerichtsakten entnommen; es standen also die betreffenden ägyptischen Archive den dortigen Sachwaltern zur Verfügung und diese handhabten die Akten derselben ähnlich wie unsere heutigen Rechtsgelehrten die gedruckten Sammlungen der Präjudicate. Auch respondirten die ägyptischen Rechtskundigen dort ebenso wie Papinian und Ulpian in Rom.[9] Diese Provinzialjuristen waren also doch etwas mehr als bloße Advokaten.

---

8) Dies Gutachten (8, 2) wird auch in der lückenhaften und nicht abgedruckten 9. Columne (p. 151) erwähnt. Warum das Gutachten an den Africanus *ἔπαρχος στόλου καὶ ἐπὶ τῶν κεκριμένων* gerichtet ist, erhellt nicht; es ist nicht unmöglich, zumal da ein Advokat der Dionysia nicht genannt wird, daß derselbe der Dionysia als Rechtsbeistand gedient hat.

9) Die *προσφωνήσεις* sind ohne Zweifel die römischen responsa. Das Gutachten lautet (8, 2–3): *Δ[ιον]υσία ὑπὸ τοῦ πατρὸς ἐκδοθεῖσα [πρ]ὸς γάμον ἐν τῇ τοῦ πατρὸς ἐξουσ[ίᾳ οὐ]κέτι γείνεται· καὶ γὰρ εἰ ἡ μήτηρ αὐτῆς τῷ πατρὶ ἀγράφως συνῴκησε καὶ διὰ τοῦτο αὐτὴ δοκεῖ ἐξ ἀγράφων γάμων γεγεννῆσθαι, τῷ ὑπὸ τοῦ πατρὸς αὐτὴν ἐκδόσθαι πρὸς γάμον οὐκέτι ἐξ ἀγράφων γάμων ἐστίν. πρὸς τοῦτο ἴσως γράφεις, τειμιώτα[τε]. καὶ δι' ὑπομνηματισμῶν ἠσφάλισται περὶ τῆς προικὸς ἡ παῖς ὑπὸ τοῦ πατρός, καὶ τοῦτο αὐτῇ βοηθεῖν δύναται.* Daß die trefflichen Herausgeber diese Dionysia von der Tochter des Chaeremon unterschieden wissen wollen, beruht hauptsächlich darauf, daß die letztere (7, 12) sich rechnet *πρὸς τὰς ἐξ ἐγγράφων γάμων γεγεννημένας καὶ ἐγγράφως γεγαμημένας* (denn so ist sicher mit den Herausgebern zu schreiben für *γεγενημένας*), und ein Widerspruch liegt hier allerdings vor: die Schriftehe der Eltern wird von der Partei behauptet, in dem Gutachten mindestens als zweifelhaft hingestellt. Aber da das Gutachten hinzufügt, daß dieser eventuelle Mangel geheilt sei durch die mit väterlicher Dotirung verbundene und unbestrittene Schriftehe der Tochter, so konnte diese Differenz die letztere nicht hindern, das Gutachten für sich geltend zu machen. Da die Tochter sich auf das ägyptische Dotalrecht stützte und dieses an die Schriftehe geknüpft war, so mußte diese erwiesen werden; aber ob die Tochter in Schriftehe geboren oder außer solcher geboren, aber durch die väterliche Dotirung bei ihrer Schriftehe legitimirt war, machte rechtlich keinen Unterschied. — Daß die an das Gutachten sich anschließende Datirung (8, 7: Hadrian 22 Mechir 20) zu dem folgenden Präfectorialerlaß gehört, haben die Herausgeber gezeigt. Das Gutachten selbst ist also nicht datirt, was sich eher begreift, wenn dasselbe in dem vorliegenden Prozeß ertheilt war. — Die Datirung 8, 18 (Aelius Antoninus 5 Epiph 24) ist ohne Beziehung, wie die Herausgeber ebenfalls erwiesen haben; ohne Zweifel ist in der langen Reihe der Beilagen das Aktenstück, zu dem sie gehörte, ausgefallen.

Nicht minder merkwürdig ist das insbesondere in dem Aktenauszug vom Jahre 134 auftretende geschriebene ägyptische Recht. Die Parteien streiten um die Frage, ob der Vater befugt ist die verheirathete Tochter dem Ehemann abzufordern. Der Advokat des Vaters beruft sich dafür auf 'das ägyptische Gesetz' und da dieses nicht zur Hand ist, wird der Termin verschoben.[10] In dem neu angesetzten sagt der Richter: 'es soll das ägyptische Gesetz verlesen werden', was denn auch geschieht.[11] Es ist dies dasselbe Gesetz, welches Chaeremon seiner Eingabe an den Präfecten beilegt.

Durch diese Procedur wird die Angabe eines schon länger bekannten ägyptischen Erkenntnisses vom Jahre 124 n. Chr. erläutert. Es wird hier gestritten über die Giltigkeit des von einem in schriftloser Ehe erzeugten Mann errichteten Testaments; die eine Partei behauptet, daß das 'Gesetz' einem solchen bei Lebzeiten des Vaters die Testirfähigkeit abspreche, die andere, daß das 'Gesetz der Aegypter' dieselbe jedem gewähre; die Entscheidung fällt 'nach dem Wortlaut der Gesetze' (*ἀπὸ νόμων … κατὰ λέξιν*) zu Gunsten der ersteren Meinung aus.[12] Offenbar handelt es auch hier sich um einen Satz desselben geschriebenen Rechtsbuchs.

Beide Prozesse betreffen Personen ägyptischen Rechts.[13] Also gab es in hadrianischer Zeit eine als Gesetz behandelte Aufzeichnung desselben. Es wird am nächsten liegen, darin diejenige Satzung zu erkennen, welche in Aegypten dem Provinzialedikt entsprach. Unwahrscheinlich an sich ist es keineswegs, daß diese Institution sich in solcher Weise dort ausgestaltet hat. Namentlich auf dem Gebiet der Personalrechte, in welchen das internationale römische Recht versagte, zum Beispiel bei Fragen aus dem Eherecht, wie die unsrige ist, konnten die römischen Beamten bei Handhabung der Rechtspflege das Lokalrecht schlechterdings nicht entbehren. Wenn in Aegypten dasselbe auf diese Weise zu schrift-

10) Col. 7 Z. 33: *ὑπερτεθεῖσθαι τὴν δίκην … ἵνα ἀναγνωσθῇ ὁ τῶν Αἰγυπτίων νόμος.*

11) Col. 7 Z. 35: *Παχώνιος Φῆλιξ· ἀναγνωσθήτ[ω] ὁ νόμος· ἀναγνωσθέντος.*

12) Diese Wiener Urkunde findet sich im Corpus papyrorum Raineri 1 p. 50 n. 18 und ist von mir herausgegeben und erläutert in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung, röm. Abth. 12, 284. Die Beschränkung der Rechtsfähigkeit in Folge dieses Geburtsmakels ist dort S. 295 hervorgehoben worden; Analogien für diese wie es scheint ganz vereinzelt stehende Bestimmung habe ich nicht beizubringen gewußt. 'Ob dieses 'ägyptische 'Lokalrecht', bemerkte ich damals, 'in römischer Zeit irgendwie, etwa durch 'ein den Provinzialedicten analoge Rechtssatzung, codificirt worden ist, steht dahin: 'unsere Urkunde fordert weder eine solche, noch schließt sie dieselbe aus.' Jetzt ist der Zweifel gehoben.

13) Col. 7 Z. 34: [*ἐξ*] *Αἰγυπτιακῶν προσώπων.*

licher Fixirung gelangt ist, so mag dies auch in anderen Reichstheilen geschehen sein;[14] indeß darf nicht übersehen werden, daß Aegypten als centralisirter Staat unter römische Botmäßigkeit gekommen und auch unter dieser wenigstens für die Einheimischen ihm sein einheitliches Königsrecht geblieben ist; das Lokalrecht zusammenzufassen, war hier leichter als da, wo es in der Form der wenigstens formell verschiedenartigen Stadtrechte auftrat.

Das dem Vater hier beigelegte Recht, die Ehescheidung der Tochter herbeizuführen,[15] ist wenigstens als ägyptisches auffallend. Daß nach römischem Recht, wenn die Ehefrau weder in die Gewalt des Mannes übergegangen noch emancipirt war, dem Vater die Abforderung der Tochter zustand, geht sowohl aus der rechtlichen Consequenz hervor, wie auch aus der Behandlung dieser Frage noch in später Zeit; wohl ist der Mißbrauch dieses Vaterrechts namentlich durch Kaiser Marcus untersagt, aber keineswegs ist dasselbe aufgehoben worden.[16] Aber in Aegypten befremdet die gleiche Ordnung; nicht so sehr, weil die väterliche Gewalt spezifisch römisch ist, sondern weil für die Institutionen der Manus und der Emancipation, durch welche bei den Römern dieses Vaterrecht in angemessener Weise eingeschränkt werden konnte, im griechischen Recht schwerlich genügende Substitute bestanden haben[17] und damit die Fortdauer jeder Ehe in einer praktisch kaum durchführbaren Ausdehnung von dem Belieben des Vaters der Frau abhängig gemacht wird. Indeß die Rechtsregel ist jetzt positiv erwiesen. Durchgeführt worden ist sie indeß auch in Aegypten nicht. Inwiefern sie in dem Prozeß vom Jahre 87 außer Kraft gesetzt ward, läßt sich aus dem unklaren und verstümmelten Aktenauszug nicht mit Sicherheit entnehmen. Aber in dem vom J. 128 wird zwar der Rechtssatz erwiesen, aber da die Frau erklärt bei dem Manne ver-

14) Es liegt nahe hierbei an das syrische Rechtsbuch zu denken; indeß giebt sich dasselbe als Kaiserrecht und führt nichts in demselben auf officielle Geltung.

15) Dies Vaterrecht wird zur Anwendung gekommen sein bei rechter Vaterschaft, das heißt, wenn die Tochter in einer Schriftehe gezeugt oder die nicht in Schriftehe gezeugte Tochter eine Schriftehe eingegangen und dafür von dem Vater ausgestattet worden war (S. 187 A. 9). Bei der nicht in Schriftehe gezeugten Tochter kann die geminderte Rechtsfähigkeit (S. 188 A. 12) auch in dieser Beziehung eingegriffen haben. — Ueber die unrömische, aber in den Ordnungen des Orients in weitem Umfang auftretende Schriftehe vgl. Mitteis Reichsrecht S. 225 ff.

16) Paulus 2, 19. 2: contemplatio publicae utilitatis privatorum commodis praefertur. Ulpian Dig. 43, 30, 1, 5: certo iure utimur, ne bene concordantia matrimonia iure patriae potestatis turbentur: quod tamen sic erit adhibendum, ut patri persuadeatur, ne acerbe exerceat. Dig. 24, 1, 32, 19. Cod. 5, 17, 5. 12.

17) Mitteis Reichsrecht S. 212 ff.

bleiben zu wollen, weist der Statthalter den Vater ab. Ebenso entscheidet sechs Jahre später der Epistrateg, nachdem sowohl das Gesetz wie das Präjudicat vom Jahre 128 verlesen worden sind, im Einklang mit dem letzteren. Ob neben der augenfälligen Härte des ägyptischen Gesetzes[18] auch die wohl schon in dieser Zeit sich geltend machende mildere Praxis der römischen Gerichte auf diese Erkenntnisse eingewirkt hat, muß dahin gestellt bleiben.

18) In dem Prozeß vom Jahre 134 macht der Advokat der Tochter geltend, daß der Statthalter Titianus der Unmenschlichkeit (ἀπανθρωπία) des Gesetzes nicht stattgegeben habe (Col. 7, 35). Merkwürdig ist die Aeußerung des im J. 87 für den Vater eintretenden Sachwalters, daß bei den Aegyptern die Strenge des Gesetzes unbeschränkt gelte (Col. 7 Z. 40: παρ' οἷς ἄκρατός ἐστιν ἡ τῶν νόμων ἀποτομία).

Wilhelm Kahl.

Die Errichtung von Handelsgesellschaften durch Religiose.

Eine Abhandlung im Archiv für katholisches Kirchenrecht regt zu der Frage an: sind die Mitglieder nicht rechtsfähiger Orden und ordensähnlicher Kongregationen der katholischen Kirche zur Errichtung von Handelsgesellschaften, welche mittelbar ihren Niederlassungen die wirthschaftlichen Vortheile der juristischen Persönlichkeit sichern, befugt? An und für sich eine sehr spezielle Rechtsfrage. In ihren Folgerungen auf kirchlich politischem Gebiet eine solche von allgemeiner Bedeutung. Ist sie, wie ich rechtlich überzeugt bin, unvermeidlich zu bejahen, so stellt sie den Staat, und zumal den preußischen, vor nothwendige Entschließungen hinsichtlich seiner Ordenspolitik. Denn es liegt der Fall vor, daß das Räderwerk der Reichsgesetzgebung in den Mechanismus der Landeskirchenhoheit hemmend eingegriffen hat. Nach Art. 13 der preußischen Verfassung sollen geistliche Gesellschaften, welche keine Korporationsrechte haben, diese Rechte nur durch besondere Gesetze erlangen können. Die Reichsgesetzgebung hat den einzelnen Mitgliedern solcher Gesellschaften ein Mittel an die Hand gegeben, das Landes-Verfassungsverbot in einem wesentlichen Theile seines Inhalts praktisch wirkungslos zu machen. Es bleibt zu überlegen, ob die bestehenden Mittel der Staatsaufsicht ausreichen oder ob neue Veranstaltungen ins Auge zu fassen sind, um etwaigen Gemeingefahren aus der erweiterten wirthschaftlichen Bewegungsfreiheit der todten Hand zu begegnen. Ohne politische Schlußrechnung kann es hiernach bei Erörterung dieser Angelegenheit allerdings nicht abgehen. Meine Meinung darüber auszusprechen, will ich mir nicht verlegt haben. Aber die Sorge für ihre Aufstellung und Bilanzirung im Einzelnen gehört Anderen. Mir liegt hier wesentlich nur daran, zur Aufklärung der in Betracht kommenden Rechtsfragen einiges beizubringen.

Die ganze Frage war noch vor Eintritt des B.G.B. für große Rechtsgebiete des Deutschen Reiches gegenstandslos. Für alle nämlich, in welchen nach Landesgesetz Klosterpersonen überhaupt vermögensunfähig waren. Insbesondere also für die Gebiete des Pr. A.L.R., welches in

II, 11 §§ 1199 f. Mönche und Nonnen nach abgelegtem Klostergelübde in Ansehung aller weltlichen Geschäfte als verstorben und hiernach für unfähig erklärte, Eigenthum oder andere Rechte zu erwerben, zu besitzen oder darüber zu verfügen. Die Möglichkeit der Errichtung von Handelsgesellschaften durch Religiose blieb hier außer Betracht. Die Meinung, daß die Beseitigung des bürgerlichen Todes durch Art. 10 der Pr. V.U. in den gesetzlichen Bestimmungen des A.L.R. über Mönche und Nonnen etwas geändert haben solle, ward nahezu einstimmig durch die Wissenschaft, ausnahmslos von der Rechtsprechung abgelehnt. Die Verfassung hatte wohl den bürgerlichen Tod als Folge strafrechtlicher Verurtheilung (a. 18 Code penal), nicht aber als civilrechtliche Wirkung des Klostergelübdes berührt.

Dagegen war auch schon vor dem 1. Januar 1900 die Frage von praktischer Bedeutung für diejenigen Rechtsgebiete, in welchen die Vermögensfähigkeit der Ordensleute durch das bürgerliche Recht nicht ausgeschlossen war. So nach sächsischem B.G.B. und im Bereiche des französischen Rechts. So bei richtiger Würdigung der ratio legis auch für die Gebiete des früheren gemeinen Rechts. Denn die Vermögensunfähigkeit der Religiosen im Sinne des römischen [l. 13 Cod. I, 2 in Auth. de Sanct. Episc. § Si qua mulier; l. 20 ib. I, 3 in Auth. de Monachis § Illud quoque; Nov. V c. 5, LXXVI c. 1, CXXIII c. 38], des kanonischen [c. 7. 9 C. XIX qu. 3, c. 11. 13 C. XII qu. 1, c. 2. 6 X. de statu monach. III 35] und des tridentinischen Rechts [Conc. Trid. Sess. XXV cap. 2 de Regularibus et Monialibus] bedeutete nicht den bürgerlichen Tod des Allgemeinen Landrechts. Nach Kirchenrecht hatte der Religiose mit Ablegung der feierlichen Ordensgelübde die Vermögensfähigkeit zwar im Sinne persönlicher Erwerbsmöglichkeit und Verfügungsberechtigung eingebüßt. Dagegen war er unbeschränktes Erwerbsorgan seines Ordens geworden. So gut er aus Erbschaften und Schenkungen für sein Kloster erwarb, so gut aus der Betheiligung an Handelsgesellschaften, falls nicht die Ordensstatuten selbst ihn hiervon ausschlossen oder in gewissen Maßen beschränkten. Die vom bürgerlichen Recht statuirte Vermögensunfähigkeit der Religiosen war, verschwindende Zugeständnisse abgerechnet, eine absolute; diejenige des kirchlichen Rechts eine berechnet relative. Letztere hatte die Tendenz, die Klöster zu bereichern; erstere verfolgte den Zweck, die todte Hand zu schließen. Mit dieser war die Errichtung von Handelsgesellschaften durch Religiose im Prinzip nicht vereinbar; durch jene war sie mindestens nicht ausgeschlossen.

Die berührte Verschiedenheit im bürgerlichen Recht hat zu bestehen

aufgehört. Die Vorschriften der Landesgesetze, welche Klosterpersonen im Interesse der Klöster für vermögensunfähig erklärten oder nach welchen die Ablegung der Klostergelübde den bürgerlichen Tod zur Folge hatte, sind in Wirksamkeit des Kodifikationsprinzips gemäß A. 55 des E.G. z. B.G.B. außer Geltung getreten. Die Motive (S. 169) sprechen aus, daß der Eintritt in ein Kloster und die Ablegung von Ordensgelübden grundsätzlich auf die privatrechtliche Stellung der Person keinen Einfluß mehr äußern solle. Wie auf dem Gebiete des Eherechts das feierliche oder einfache Gelübde der Keuschheit als Ehehinderniß nicht anerkannt wird, so wird auf dem Gebiete des Vermögensrechts dem Gelübde der Armuth keine rechtliche Folge gegeben. Die auf Grund der Persönlichkeit zustehenden rechtlichen Fähigkeiten gelten als unveräußerlich. „Die Vermögensfähigkeit läßt durch Verzicht sich nicht abstreifen, auch nicht durch einen in Gelübdeform erklärten Verzicht."

Mit dem bürgerlichen Anerkenntniß der persönlichen Vermögensfähigkeit der Religiosen war die an die Spitze gestellte Frage für alle deutschen Rechtsgebiete zu einer offenen geworden. Aber gleichwohl nicht zu einer in jedem Sinne gemeinsamen. Ihre Bedeutung wird nach wie vor für die Ordensniederlassungen in verschiedenen Bundesstaaten eine verschiedene sein. Das E.G. hat einen landesrechtlichen Vorbehalt eingestellt, nach dessen Wirksamkeit sich jedenfalls das praktische Bedürfniß ihrer rechtlichen Lösung, möglicherweise diese selbst für die geistlichen Gesellschaften in den einzelnen Staaten abweichend gestaltet. Es ist die Bestimmung des A. 84, kraft deren die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt geblieben sind, nach welchen „eine geistliche Gesellschaft Rechtsfähigkeit nur im Wege der Gesetzgebung erlangen kann". Wo immer dieser Vorbehalt nicht zutrifft, ist zwar die Frage der rechtlichen Zulässigkeit der Errichtung von Handelsgesellschaften durch Religiose mangels entgegenstehenden Verbotsgesetzes von vornherein und vorbehaltslos zu bejahen, aber sie behält auch künftig nur subsidiären Rang. Denn Orden und Klöster sind hier auf den Umweg, die Erwerbung und Sicherstellung von Vermögen durch handelsgesellschaftliche Gründungen ihrer Mitglieder anstreben zu müssen, nicht nothwendig angewiesen. Sie können sich der durch das B.G.B. für Personenvereine mit idealer Zweckbestimmung eröffneten Rechtsform des § 21 und der §§ 55 ff. bedienen. Dagegen gewinnt die Frage unmittelbaren Silberwerth, wo landesrechtlich geistliche Gesellschaften Korporationsrechte nur durch Gesetz erlangen können. Die Erlangung der Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Vereinsregister ist ihnen versagt. Der Erwerb der juristischen Persönlichkeit auf gesetzlichem Wege andererseits ist umständlich und selten. Es besteht also ein

Lebensinteresse, das wirthschaftlich Wesentliche des Zieles auf anderem Wege erreichen zu können.

Der Vorbehalt des A. 84 E.G. trifft, worin ich Geigel folge (Religiöse Genossenschaften, Sep.-Abdruck aus dem „Ecclesiasticum Argentinense", März 1898 S. 3, und „Reichs- und reichsländisches Kirchen- und Stiftungsrecht" 1899 § 88 A. 5), mit einer geringfügigen Einschränkung für die Reichslande Elsaß-Lothringen zu. Außerdem aber, soweit ich sehe, gegenwärtig nur für Preußen auf Grund der Eingangs erwähnten Verfassungsbestimmung. Wohl verlangen auch das revidirte Staatsgrundgesetz Oldenburgs vom 22. Nov. 1852 A. 77 und die Waldecksche Verfassung vom 17. Aug. 1852 § 41 für den Erwerb von Korporationsrechten seitens neuer „Religionsgesellschaften" ein Gesetz. Dagegen sprechen sie nicht von „geistlichen Gesellschaften", und es würde nicht angehen, diese, wie es in Preußen auf Grund der eigenthümlichen Begriffsbildung des Landrechts geschehen muß, lediglich als eine Unterart der Religionsgesellschaften zu begreifen. Beide fallen daher sowenig wie die übrigen deutschen Staaten unter den Vorbehalt des A. 84. Ihrer keinem würde allerdings benommen sein, noch heute und künftighin das Erforderniß gesetzlichen Erwerbes von Korporationsrechten für geistliche Gesellschaften bei sich einzuführen. Dies folgt aus der Legalinterpretation der landesgesetzlichen Vorbehalte im E.G. A. 3. Es können auf den vorbehaltenen Gebieten auch „neue landesgesetzliche Vorschriften erlassen werden". Aber diese Möglichkeit darf zur Zeit auf sich beruhen. Die Bedeutung der Frage wird durch sie kaum erhöht, nachdem schon jetzt für mehr als zwei Drittheile des deutschen Rechtsgebietes der Vorbehalt des A. 84 in Wirksamkeit steht und damit die Anwendbarkeit der Vereinsform des B.G.B. auf geistliche Gesellschaften ausgeschlossen ist.

Selbst im außerpreußischen Drittel des Deutschen Reiches wird, wie sich vermuthen läßt, an ihrer Stelle handelsgesellschaftlichen Gründungen von Religiosen der Vorzug gegeben werden. Das System des B.G.B. wird von betheiligter Seite nicht als sonderlich vortheilhaft für kirchliche Vereinsbildungen anerkannt. Ich theile die Auffassung seiner Minderwerthigkeit. Aber freilich vom entgegengesetzten Interessenstandpunkte des Staats. Dieses System der sogenannten Normativbestimmungen hat, soweit seine Verwendung im Kirchenrecht in Frage kommt, vor dem B.G.B. nur für Sachsen im Gesetz vom 15. Juni 1868 Aufnahme gefunden. Seine Vorschriften sind nach A. 166 E.G. in Ansehung derjenigen Personenvereine in Kraft geblieben, welche zur Zeit des Inkrafttretens des B.G.B. die Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Genossenschaftsregister erlangt haben. Schon früher (Lehrsystem S. 326)

habe ich darauf hinweisen zu sollen geglaubt, daß, so sehr das System für Vereinigungen mit rein weltlicher Zweckbestimmung geeignet erscheine, so wenig seine Anwendung auf das religiöse Genossenschaftswesen zu empfehlen sei. Dort stellt sich die Möglichkeit spontanen Erwerbes von Korporationsrechten als ein hocherwünschtes Mittel dar, um den komplizirten und immer flüssigen Bedürfnissen des geistigen, wirthschaftlichen und geselligen Lebens Genüge zu thun. Sehr mit gutem Grund haben daher Reichs- und Landesgesetzgebung, wie diese für Wald- und Wassergenossenschaften, jene nach dem Vorbilde des Handelsrechts für eine große Anzahl wirthschaftlicher und sozialer Genossenschaften, das Prinzip der normativen Körperschaftsbildung ausgiebig verwerthet. Dagegen unterliegt die Anwendbarkeit der gleichen Rechtsform auf religiöse Genossenschaften vom Standpunkte der Anforderungen staatlicher Kirchenhoheit beachtenswerthen Bedenken. Durch den nothwendig nur generellen Inhalt eines gesetzlichen Normalstatuts ist der Staat niemals hinreichend gegen Sonderbestrebungen geschützt, welche, ohne direkt rechtswidrig und strafbar zu sein, doch die staatliche Autorität und den Frieden der Konfessionen gefährden können. Indessen sind diese Erwägungen durch den Inhalt des B.G.B. nunmehr überholt und, wie ich anerkenne, durch die Art und Weise der Regelung von Einspruch und Auflösung auch zum Theil entkräftet. Aber gerade die vorbehaltenen Mittel der Staatsaufsicht haben die Sachwalter der religiösen Genossenschaften mit Mißtrauen erfüllt und darauf geführt, diesen auch da, wo der Erlangung der Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Vereinsregister ein landesrechtlicher Vorbehalt nicht entgegensteht, eher den Weg der Errichtung von Handelsgesellschaften zu empfehlen.

Daß an und für sich die im Staate überhaupt zugelassenen geistlichen Gesellschaften zur Gattung der allein eintragungsfähigen Vereine mit idealer Zweckbestimmung gehören, wiewohl sie die Rechtsfähigkeit eben in der Absicht und zu dem Erfolge der Erwerbung und zweckgemäßen Verwendung von Vermögen erlangen, war im bisherigen stillschweigend vorausgesetzt. Die Richtigkeit der Voraussetzung selbst wird wohl auch unwidersprochen bleiben. Nur in der Erklärung und Begründung können die Meinungen auseinandergehen. Mit der Unterscheidung von Haupt- und Nebenzwecken (vgl. Denkschrift z. E. S. 609, Planck I S. 80, Eck Vorträge S. 53) wird nicht durchzugreifen sein. Denn es kann dergestalt im wechselnden und unkontrolirbaren Betriebe des Vereinslebens der wirthschaftliche über den idealen und der ideale über den wirthschaftlichen Gesichtspunkt das Uebergewicht gewonnen haben, daß die Grenzen flüssig geworden und damit die angenommenen juristischen

Unterscheidungsmerkmale nicht mehr erkennbar geblieben sind. Das Gesetz kennt keine Vereine, welche mit der Verfolgung eines wirthschaftlichen Zweckes zugleich die Verfolgung eines nicht wirthschaftlichen Zweckes verbinden. Das Gesetz kennt nur Vereine mit einem Zweck. Es giebt nur entweder Vereine, deren „Zweck nicht auf einen wirthschaftlichen Betrieb gerichtet ist", oder Vereine, deren „Zweck auf einen wirthschaftlichen Betrieb gerichtet ist". Für jene gilt das Prinzip der Eintragung, für diese, von den reichsgesetzlichen Spezialbestimmungen abgesehen, das der staatlichen Verleihung. Würde also, wenn auch noch so nebensächlich, der Zweck einer geistlichen Gesellschaft als solcher auf einen auch nur minimalen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet sein, so würde sie immerhin nothwendig unter die zweite Gruppe und damit unter die Kategorie der nicht eintragungsfähigen Vereine fallen müssen. An die Stelle der Unterscheidung von Haupt- und Nebenzweck tritt richtiger die Differenzirung von Zweck und Mittel zum Zweck (zu vgl. Hölder, Kom. S. 132 ff.). Ein Verein ist ein wirthschaftlicher, wenn sein einziger satzungsgemäßer Zweck auf wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb zum Nutzen seiner selbst oder seiner Mitglieder gerichtet und beschränkt ist. Ein Verein ist gleichwohl ein nicht wirthschaftlicher, wenn er zwar ebenfalls wirthschaftliche Geschäfte betreibt, dieser Betrieb aber lediglich das Mittel zur Verwirklichung seines nichtwirthschaftlichen Zweckes bildet. Auf den Umfang des Geschäftsbetriebs kommt wiederum nichts an. Die Erhaltung einer kleinsten Missionsstation auf einem in der polynesischen Inselwelt gelegenen, nur schwer und kostspielig erreichbaren und gegen Angriffe immer wieder neu zu schützenden Posten kann die ausgedehntesten geschäftlichen Unternehmungen, die höchsten wirthschaftlichen Kraftanstrengungen des heimischen Missionsvereins erfordern. Dieser wird darum doch nicht zum wirthschaftlichen Verein. Jenes Unterscheidungsmerkmal findet auch auf die hier in Frage stehenden Gesellschaften Anwendung. Ihre durch das objektive Recht festgelegten oder wenigstens begrenzten Zwecke sind religiöser oder allgemein humanitärer, vielleicht auch sozial- oder kirchlich-politischer Natur. Ihr Wirthschaftsbetrieb ist überall bestimmungsgemäß nur das Mittel zum Zweck. Denn auch die idealsten Zwecke lassen sich ohne die Realität von Vermögen nicht erreichen.

Aber dem Idealverein drohen Einspruch und Auflösung. Die Verwaltungsbehörde kann aus § 61 B.G.B. gegen die Eintragung den Einspruch auch dann erheben, wenn der Verein „einen religiösen Zweck verfolgt". Dieser Einspruchsgrund ist bei den geistlichen Gesellschaften nicht nothwendig und in jedem Falle, wohl aber für die Regel gegeben. Er ist nicht gegeben, wenn der Gesellschaftszweck ein staatspolitischer oder

sozialpolitischer ist. Es würde nicht angängig sein, in dem einen und anderen Falle einen religiösen Zweck schon deshalb anzunehmen, weil die Verfolgung der politischen Zwecke durch das Mittel der religiösen Organisation geschieht. Religiöser Zweck kann nur sein, was sich seinem Inhalte nach auf die Religion bezieht. Aber der Versuch einer solchen Konstruktion ist auch überflüssig, weil in beiden Fällen ohnehin aus § 61 selbständige Einspruchsgründe bestehen. Der Einspruchsgrund ist immer gegeben, wenn der Gesellschaftszweck auf die Befriedigung religiöser Bedürfnisse oder auf die Verwirklichung kirchlich-politischer Tendenzen gerichtet ist. Er ist aber auch dann schon gegeben, wenn die geistliche Gesellschaft nur solche allgemein humanitäre Zwecke verfolgt, welche, wie beispielsweise Armen- und Krankenpflege, nach ihrem charitativen Inhalt zugleich als nothwendige religiöse Aufgaben der Kirche angesehen und betrieben werden. Nun kann im Weiteren zwar der Einspruch vom Vereinsvorstande angefochten werden; im Wege des Verwaltungsstreitverfahrens in Preußen, Bayern, Württemberg, Baden, Hessen, Braunschweig, Sachsen-Meiningen, Anhalt, Lippe oder, wo ein solches nicht besteht, im Wege des Rekurses nach Maßgabe der Gewerbeordnung §§ 20, 21. Aber die Substantiirung der Anfechtung wie die Nachprüfung der Instanz sind enge begrenzt. Sie beschränken sich auf die formellen Voraussetzungen und die thatsächliche Unterlage des Einspruchs. Die auf politischen Erwägungen beruhenden materiellen Einspruchsgründe der Verwaltungsbehörde unterliegen nicht der Anfechtung und Korrektur. Die Thatsache der religiösen Zweckbestimmung des zur Eintragung angemeldeten Vereins hat als solche zur wirksamen Ausübung des Einspruchsrechts genügt. Es läßt sich nicht verkennen, daß damit der Verwaltungsbehörde immerhin ein Machtmittel gegen eine dem Gemeinwohl schädliche Vermehrung von rechtsfähigen geistlichen Gesellschaften in die Hand gegeben ist, in welchem diese ihrerseits nicht ohne Grund eine mögliche Gefährdung der durch das B.G.B. verstatteten wirthschaftlichen Bewegungsfreiheit erkennen. Ebenso ist der Dauerbestand eines eingetragenen Vereins gerade für die hier in Frage stehenden Gesellschaften leicht gefährdet. Unter den gesetzlich zugelassenen Gründen der Auflösung im Verwaltungswege kann namentlich derjenige des § 43 Abs. 2 verhängnißvoll sein. „Einem Verein, dessen Zweck nach der Satzung nicht auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, kann die Rechtsfähigkeit entzogen werden, wenn er einen solchen Zweck verfolgt.“ Es können die Ansichten der geistlichen Gesellschaft und der Verwaltungsbehörde über die Grenze, an welcher der wirthschaftliche Betrieb aufgehört habe, bloßes Mittel zum Zweck zu sein und vielmehr zum Selbstzweck geworden

sei, im gegebenen Falle auseinandergehen. Denn hier entscheidet über die Vollmacht der Verwaltungsbehörde nicht mehr die satzungsgemäße Zweckbestimmung, sondern allein die thatsächliche Zweckverfolgung.

Aus eben solchen Bedenken heraus sind von langer Hand die Belehrungen und Rathschläge darüber erwachsen, wie unter der Herrschaft des B.G.B. das katholisch-kirchliche Vereinsleben am vortheilhaftesten einzurichten sei. Alles zusammenfassend hat im Jahre 1898 eine Stimme im Archiv für katholisches Kirchenrecht (Bd. 78 S. 108 ff.) zur „größten Vorsicht" gemahnt, „wenn bei Bildung eines Vereins in Erwägung gezogen wird, in welche Form der Verein am zweckmäßigsten gebracht wird, um ihm für alle Zukunft eine sichere und selbständige Stellung im Staate und im Rechtsverkehr zu geben". Das B.G.B. enthalte eine solche Reihe von Beschränkungen in der Bewegungs- und Verkehrsfreiheit auch der eingetragenen Vereine, „daß es der Mühe werth ist, sich nach einer anderen Form umzusehen, welche es ermöglicht, die Rechtsfähigkeit zu erlangen, ohne mit den geschilderten Gefahren in Berührung zu kommen". Hierzu biete „die beste Gelegenheit das R.G. vom 20. April 1892 über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung". Dieselbe handelsgesellschaftliche Form war, augenscheinlich von dem gleichen Verfasser, bereits in H. 6 u. 7 des 1. Jg. der „Charitas" von 1896 (S. 116 ff., 135 ff.) als die Zukunftsform für die Sicherstellung des Vermögens von katholischen Wohlthätigkeitsanstalten, Vereinen und Kongregationen näher dargelegt und warm empfohlen worden. Die Ausführungen sind in mehrfacher Hinsicht bemerkenswerth. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung wird in ihren Vortheilen für kirchliche Zwecke gegen die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften einerseits und die Aktiengesellschaft andererseits sorgfältig abgewogen. Keine der beiden Formen biete „ein passendes Kleid". Jene nicht wegen der Verschiedenartigkeit des wirthschaftlichen Zweckbetriebs und der solidarischen Haftung der Genossenschafter. Diese nicht wegen der „Unbequemlichkeit, daß die Gesetze über Aktiengesellschaften manche Schranken setzen, die einer freien Entfaltung der milden Stiftungen und Wohlthätigkeitsvereine hindernd im Wege stehen", insbesondere die Veröffentlichung der Jahresbilanz und die freie Uebertragbarkeit der Aktien auf Dritte. „Alle diese Schwierigkeiten werden vermieden durch Errichtung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung." Wenn nach der Erfahrung des Verfassers katholische charitative Unternehmungen bis dahin erst in verhältnißmäßig wenigen Fällen der in Rede stehenden Form sich bedient haben, so geschah es wahrscheinlich deshalb, „weil das Gesetz in den betheiligten Kreisen noch nicht genügend bekannt oder gewürdigt ist". Die bereits nach dem Reichs-

gesetz eingerichteten katholischen Anstalten und Vereine werden gebeten, behufs Aufstellung einer Statistik von ihrer Existenz und den Statuten Kenntniß zu geben. „Wo ein begründetes Interesse besteht, eine Gesellschaft nicht in der Oeffentlichkeit bekannt zu machen, würden wir Sorge tragen, daß in der in Aussicht genommenen Darstellung diesbezüglich geäußerten Wünschen Rechnung getragen würde." Als Vorzüge des Gesetzes werden namentlich näher hervorgehoben die Möglichkeit der Gesellschaftsbegründung für jeden gesetzlich zulässigen Zweck, die verhältnißmäßige Geringfügigkeit des erforderlichen Stammkapitals und die gelassene Freiheit der Bewegung bei Aufstellung und Abänderung des Gesellschaftsvertrags. Denn die Statuten können bestimmen, daß die Gesellschafter einem katholischen Arbeiterverein oder dem römisch-katholischen Klerus angehören müssen, daß beim Wegfall dieser Voraussetzungen der Gesellschafter verpflichtet ist, seinen Geschäftsantheil an die ihm bezeichnete Person gegen Erstattung der auf die Stammeinlage geleisteten Zahlungen abzutreten, daß diese Verpflichtung auf die Erben eines Gesellschafters analoge Anwendung finde, daß zur Veräußerung eines Geschäftsantheils entgegen der Regel des Gesetzes die Genehmigung der Gesellschaft erfordert werde. Der zum Schluß beigefügte Entwurf eines Gesellschaftsvertrags trägt solchen Bedürfnissen der kirchlichen Freiheit Rechnung. Angeregt durch diese Ausführungen ist in Jg. 2 (1897) derselben Zeitschrift S. 180 ff., 197 ff. ein rheinischer Jurist noch einmal auf die Frage zurückgekommen unter dem Titel der „Kapitalbeschaffung für charitative Zwecke auf dem Wege der Assoziation". Ihm kommt es allerdings in erster Linie nicht auf die Sicherstellung des vorhandenen Vermögens von religiösen Vereinen, als vielmehr auf die beste Rechtsform für den Zweck an, katholische Kapitalisten zu rascher Beschaffung von Geldmitteln für charitative Aufgaben zusammenzufassen. Aber seine Ergebnisse finden bedingt doch auch auf den ersteren Fall Anwendung. Er giebt der Aktiengesellschaft mit Aktien auf Namen und beschränkter Uebertragbarkeit den Vorzug wegen der Minimalhöhe der Aktien auf 200 M und der geringeren Umständlichkeiten bei der Gründung. Er empfiehlt also mit einem Worte die sogenannte kleine Aktiengesellschaft.

Die verheißene Statistik findet sich in Jg. 3 (1898) S. 47. Sie ist wenig ausgiebig und nicht erschöpfend. Die dort aufgezählten 13 katholischen Vereine, Vereinshäuser und sonstigen Anstalten bleiben hier außer Betracht. Von Kongregationen sind 5 genannt: die Genossenschaft der Franziskanerbrüder zu Waldbreitbach, die Franziskanessen daselbst, die barmherzigen Brüder zu Montabaur, die Kranken- und Pflegegenossenschaft der Schwestern vom Hl. G. zu Marienhof bei Coblenz und die

Krankenpflege- und Erziehungsanstalt zu Arenberg. Mit einer Ausnahme ist hieran, wie man sieht, die Rheinprovinz betheiligt. Sämmtliche sind Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Als weitere handelsgesellschaftliche Gründungen von Mitgliedern geistlicher Genossenschaften aus der Rheinprovinz sind bekannt geworden die Alexianer in Aachen, die barmherzigen Brüder in Trier, die Schwestern von der Heimsuchung Mariä in Moselweiß, die Ursulinerinnen auf dem Kalvarienberg bei Ahrweiler. Ob unter einer von ihnen eine andere Form, als diejenige der Gesellschaft mit beschränker Haftung vertreten ist, kann ich nicht angeben, thut auch nichts zur Sache. Jedenfalls ist diese die von den Mitgliedern geistlicher Gesellschaften weit überwiegend gewählte. Auch die im Juni 1898 veröffentlichte Statistik des Zentralvereins der deutschen Gesellschaften mit beschränkter Haftung giebt zwar im Allgemeinen ein interessantes Bild von der glänzenden Entwickelung dieser Gesellschaftsform (1839 an 769 Orten), ermöglicht aber nicht eine ziffernmäßige Feststellung der Betheiligung geistlicher Gesellschaften. Sie wird unter den s. C. IV eingereihten gemeinnützigen und Wohlthätigkeitsanstalten, Erziehungs- und Unterrichtsanstalten zu suchen sein. Fest steht nur, daß vor Eintritt des B.G.B. innerhalb Preußens fast ausschließlich das französische Rechtsgebiet an den handelsgesellschaftlichen Gründungen von Religiosen betheiligt war. Fest steht, daß die Gesellschaft mit beschränkter Haftung von den Religiosen als diejenige Rechtsform bevorzugt worden ist, welche dem Zweck, rechtliche Träger des Vermögensbesitzes, insbesondere des Grundvermögens ihrer geistlichen Gesellschaften zu gewinnen, am meisten entspricht. Ebenso endlich ist mit Sicherheit zu erwarten, daß, nachdem mit Einführung des B.G.B. die Schranke des bürgerlichen Todes für Religiose im ganzen Reichsgebiete gefallen und doch in Preußen die Erlangung der Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Vereinsregister für geistliche Gesellschaften ausgeschlossen ist, der Ausweg von Gesellschaftsgründungen der bezeichneten Art häufiger betreten werden wird.

Den sorgfältigen Abschätzungen der einzelnen handelsgesellschaftlichen Formen für die Zwecke der geistlichen Gesellschaften nachzufolgen und diesen in der Auswahl der vortheilhaftesten berathend an die Hand zu gehen, ist der Zweck der weiteren Ueberlegung nicht. Wichtiger ist, die Frage der rechtlichen Erlaubtheit solcher handelsgesellschaftlichen Gründungen zu wiederholen. Bei den erwähnten katholischen Schriftstellern ist sie überhaupt nicht berührt, also stillschweigend unbedingt bejaht. Aber es ist nützlicher, ihre Erörterung selbst dann nicht zu unterdrücken, wenn man, wie auch ich, von der rechtlichen Nothwendigkeit ihrer Bejahung

überzeugt sein muß. Es könnte geschehen, daß die heute noch mehr in der Stille getragene handelsgesellschaftliche Gewandung der geistlichen Gesellschaften einmal als öffentliche Kalamität empfunden würde. Schon jetzt sind in der Presse und sonst ernste und beachtenswerthe Bedenken geäußert worden. Daß sie wissenschaftlich bisher noch nicht zur Aussprache gekommen sind, benimmt ihnen nichts an ihrem Gewicht. Es besteht die Ansicht, daß die Gründung solcher Gesellschaften durch Religiose eine unerlaubte Umgehung des Art. 13 der Verfassung darstelle. Bezog sich ursprünglich dieses Bedenken nur auf die Gründungen im französischen Rechtsgebiet, welche zuerst einige Aufmerksamkeit auf sich zogen, so hat vom Standpunkte des geltenden Rechts es nunmehr allgemeine Bedeutung gewonnen. Es muß nothwendig durch wissenschaftliche Aussprache ins Reine gebracht werden. Denn ohne klaren Rechtsboden kann auch die Politik keine sicheren Tritte thun. Etwas Anstößiges liegt zweifellos für jeden Unbefangenen in der Thatsache, daß eine Bestimmung des Staatsgrundgesetzes vor aller Augen, unter amtlicher Mitwirkung und so zu sagen spielend ihrem wesentlichen Inhalte nach wirkungslos gemacht werden kann. Aber vielleicht zeigt sich, daß die Fehlerquelle nicht eben im Verhalten der Religiosen gelegen ist.

Es ist nicht überflüssig, bei Erörterung der Rechtsfrage von der ausdrücklichen Feststellung unverändert fortdauernder Geltung des Art. 13 der Verfassung auszugehen. Sie würde allerdings auch dann, wenn die Entwürfe zum R.G. v. 20. April 1892 (I S. 47, II S. 38) einen Hinweis darauf nicht enthalten hätten, aus der Gesammtstellung zu folgern sein, welche sich die Reichsgesetzgebung privatrechtlichen Inhalts zu dem öffentlichen Rechte der Einzelstaaten gegeben hat. Denn es war ihr, wie die früheren Spezialgesetze, so die neuere Kodifikation des gesammten bürgerlichen Rechts beherrschender Grundzug, die öffentlich rechtlichen Voraussetzungen der Vereins- und Gesellschaftsbildung in den Bundesstaaten von der reichsgesetzlichen Normirung der Privatrechtsfähigkeit bestimmter wirthschaftlicher Gesellschaftsformen unbestrichen zu lassen. Ebenso ist Art. 84 E.G. zum B.G.B. mit der ganz bestimmten Intention aufgenommen worden, gerade den Fortbestand des Art. 13 der preußischen Verfassung sicher zu stellen. Aber es bedarf das nahezu Selbstverständliche doch ausdrücklicher Erinnerung. Denn sie markirt die Wegspur, auf welcher allein dem Kernpunkt der Frage wissenschaftlich beizukommen ist. Auf den allgemeinen Grundsatz des Vorranges der Reichsgesetzgebung vor der Landesgesetzgebung darf man sich zum Beweise des angezweifelten Rechts der Religiosen nicht berufen wollen. Man kann nicht aus diesem Grundsatze die Folgerung ziehen, daß, weil reichsgesetzlich

von der Berechtigung zur Errichtung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung bestimmte Stände oder Personenklassen nicht ausgenommen sind, ohne weiters auch für das Landesrecht die uneingeschränkte Berechtigung von Religiosen zu handelsgesellschaftlichen Gründungen gegeben sei. Eine solche Folgerung würde im letzten Grunde doch wiederum auf die Möglichkeit einer mindestens partiellen Aufhebung der preußischen Verfassungsbestimmung durch die Reichsgesetze hinauskommen. Es ist vielmehr streng daran festzuhalten: die Beschränkung der Religiosen durch die Landesverfassung besteht neben allen durch die Reichsgesetzgebung gewährleisteten Freiheiten in voller Wirksamkeit. Dieses Verhältniß weist auf den einzig gangbaren Weg zur Entscheidung der Rechtsfrage hin. Sie kann nicht aus dem Rangverhältniß, sondern nur aus dem Inhalte beider Rechtsquellen zu gewinnen sein. Nach Art. 13 der preußischen Verfassung können geistliche Gesellschaften „Korporationsrechte" nur durch besondere Gesetze erlangen. Nach § 1 des R.G. v. 20. April 1892 können Gesellschaften mit beschränkter Haftung zu jedem „gesetzlich zulässigen Zweck" errichtet werden. Wenn also in Wahrheit sich ergeben müßte, daß darin, daß die Mitglieder von Niederlassungen einer geistlichen Gesellschaft eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung errichten, die Erlangung von Korporationsrechten für ihre geistliche Gesellschaft selbst im rechtlichen oder auch nur wirthschaftlichen Erfolge gelegen sei, so würde allerdings die Folgerung unausweichlich sein, daß eine solche Gesellschaftsgründung nach Landesrecht verfassungswidrig und eben darum, weil zu keinem gesetzlich zulässigen Zwecke geschehen, auch nach Reichsrecht verboten wäre. Dieses materielle Verhältniß allein kann entscheidend sein.

Es muß vor allem die dem Art. 13 an und für sich zukommende Tragweite ermittelt werden. Jede weitere Erörterung würde sich erübrigen, wenn der Sinn der Verfassung wäre, daß nicht nur die geistlichen Gesellschaften selbst ohne Gesetz Korporationsrechte nicht erwerben, sondern auch ihre einzelnen Mitglieder sich nicht zur Gründung von anderen rechtlich zulässigen Gesellschaften mit juristischer Persönlichkeit verbinden könnten. Man wird aber der Verfassung sicherlich nicht gerecht, wenn man bei der Auslegung des Art. 13 irgendwie an die individuelle Rechtsfähigkeit oder wirthschaftliche Thätigkeit der einzelnen Religiosen denken will. Entstehungsgeschichte und Zusammenhang lassen erkennen, daß er sich ausschließlich auf die korporative Rechtsstellung der Religions-, einschließlich geistlichen Gesellschaften als solcher bezieht.

Die Ordnung der Rechtsverhältnisse der Religionsgesellschaften in Preußen war zur Zeit des Eintrittes der Verfassungsbewegung nichts

weniger als klar und befriedigend. Nach dem Buchstaben des Landrechts bestanden nur die „ausdrücklich aufgenommenen“ Gesellschaften mit exercitium religionis publicum und die geduldeten mit e. r. privatum. Thatsächlich hatte sich durch die Praxis eine dritte Gruppe mit e. r. quasi publicum eingeschoben, welche in der Stellung von „konzessionirten“ Gesellschaften geringere Rechte als die aufgenommenen und größere als die geduldeten besaßen. Dazu traten im Anfang der vierziger Jahre des 19. Jahrhunderts die freireligiösen Bewegungen in der evangelischen und katholischen Kirche, welche da und dort zu Gemeindebildungen geführt hatten, die einerseits nicht zurückzuhalten, andererseits auch nicht den landrechtlichen Kategorien einzugliedern waren. In dieser Lage erschien das Patent vom 30. März 1847 über „die Bildung neuer Religionsgesellschaften“, welches den Zweck verfolgte, die im Fluß begriffenen Verhältnisse hinsichtlich der Neubildung von Religionsgesellschaften unter bestimmte juristische Formen und entsprechende staatliche Kontrole zu bringen. Gerade an dem entscheidenden Punkte einer genauen Abgrenzung ihrer gesellschaftlichen Stellung auf dem bürgerlichen Rechtsgebiete verwirklichte es aber diesen Zweck nur sehr unvollkommen. Man verlegte den Schwerpunkt ihrer civilrechtlichen Stellung in das Gebiet der amtlichen Zuständigkeit der Geistlichen hinsichtlich des Personenstandes und ließ hierfür das schwanke Kriterium der wesentlichen Lehr- und Bekenntnisübereinstimmung mit einer der durch J.P.O. anerkannten christlichen Religionsparteien entscheidend sein. Die Hauptsache dagegen, nämlich die gesetzliche Feststellung der allgemeinen Voraussetzungen ihrer Vermögensfähigkeit, blieb unerledigt.

Hier setzte die oktroyirte Verfassung von 1848 ein. Ihr Art. 11 gab die Vereinigung zu Religionsgesellschaften frei und verwies nebenbei auf Art. 29. Dieser aber enthielt allgemein, d. h. mit Beziehung auf alle Gesellschaftsbildungen im Staate nur den Vorbehalt, daß die Bedingungen für Ertheilung oder Verweigerung von Korporationsrechten durch das Gesetz bestimmt „werden“. Bis zu dieser gesetzlichen Bestimmung sollte es für alle Gesellschaften, für religiöse und weltliche Vereine, bei dem bisherigen Rechtszustande verbleiben, wonach es im einzelnen Falle der administrativen Zuständigkeit der Staatsregierung überlassen war, das Maß der Vermögensfähigkeit zu bestimmen. Eine dem Art. 13 der revidirten Verfassung gleichlautende Bestimmung enthielt die oktroyirte noch nicht. Im Laufe der Revision wurde aus Art. 11 der heutige Art. 12, aus Art. 29 der heutige Art. 31. Erst im Laufe der Revision wurde, und zwar auf Antrag des Zentralausschusses

der damaligen Ersten Kammer, der 13. Art. neu hinzugefügt. Zwei Gründe wurden vor allem hierfür maßgebend.

Zunächst, daß die Voraussetzungen, unter welchen Religionsgesellschaften Korporationsrechte sollten erwerben können, einer schleunigen Regelung bedürftig erachtet wurden, während das Zustandekommen des in Art. 31 vorbehaltenen Gesetzes eine weitaussehende Sache sei. Art. 13 ist also nichts anderes, als die aus politischen Gründen vorweg genommene Theilausführung des Art. 31, eine antizipirte spezialgesetzliche Bestimmung gegenüber einem für die Zukunft vorbehaltenen allgemeinen Korporationsgesetz. Die Tendenz dieser spezialgesetzlichen Ordnung blieb durchaus im Rahmen und in den Schranken des vorbehaltenen allgemeinen Gesetzes. Das im Art. 31 in Aussicht genommene Gesetz sollte nicht irgendwie die individuelle Rechtsfähigkeit der zu Gesellschaften sich verbindenden Einzelpersonen, ihre Fähigkeit zur Vornahme von Rechtsgeschäften, ihre persönliche Berechtigung, Mitglieder bestimmter Gesellschaften zu werden oder verwandte Individualrechte regeln. Er setzte vielmehr den Thatbestand einer vorhandenen Gesellschaft voraus und sah vor, daß eine solche mit ihrer Begründung noch kein Rechtssubjekt sei, sondern Korporationsrechte nur durch einen gesetzlich näher zu bestimmenden, der Willkür der Exekutivgewalt zu entziehenden staatlichen Verleihungsakt zu erlangen vermöge. Nicht mehr und nicht weniger erstrebte auch Art. 13 zunächst für Religions- und geistliche Gesellschaften. Er schränkte die spätere Ausführung des Art. 31 insoweit ein, als er in Ansehung jener für den staatlichen Verleihungsakt schon jetzt die Form des Gesetzes festlegte. Damit zusammenhängend war die andere Erwägung für Neuaufnahme des Art. 13. Eben, weil es sich nur um die korporative Rechtsstellung der Religionsgesellschaften als solcher handelte und handeln sollte, wurde für ihre Begründung der Weg der Gesetzgebung gewählt. Von jedem anderen Gesichtspunkte aus war die Einmischung der Volksvertretung abgelehnt. Ausdrücklich war dies in dem allgemeinen Berichte des Zentralausschusses der Ersten Kammer ausgesprochen. „Die vorgesehenen Spezialgesetze sollten sich nur damit zu beschäftigen haben, ob der betreffenden Religionsgesellschaft die bürgerlichen Rechte einer moralischen Person und Korporation zu ertheilen sei, was allen größeren und lebensfähigen Gesellschaften nothwendig“ (vgl. die Quellenangaben bei Rönne, Pr.St.R. 4. Aufl. Bd. II S. 161).

Die „geistlichen Gesellschaften“ stehen in allen erörterten Beziehungen den Religionsgesellschaften vollkommen gleich. Richtig wurde bei den Revisionsberathungen bemerkt, „daß es in dem Art. 13 aus dem landrechtlichen Standpunkte der speziellen Erwähnung der geistlichen Gesell-

schaften nicht bedurft hätte". Denn das Landrecht II, 11 §§ 11, 12 unterscheidet zwischen Religionsgesellschaften, welche sich zur öffentlichen Feier des Gottesdienstes verbunden haben (Kirchengesellschaften) und Religionsgesellschaften, welche zu gewissen anderen besonderen Religionsübungen vereinigt sind und den Namen der geistlichen Gesellschaften führen. § 939 zählt darunter Stifter, Klöster und Orden. Die geistlichen Gesellschaften sind also nach der landrechtlichen Begriffsbestimmung eine Art der Religionsgesellschaften selbst. Es ist nicht ganz zutreffend, wenn Hinschius zu § 12 l. c. meint, die Verfassung habe „diesen Sprachgebrauch nicht beibehalten, setze vielmehr Religionsgesellschaft und geistliche Gesellschaft gegenüber". Allerdings hat Art. 13 der Verfassung neben den Religionsgesellschaften die geistlichen Gesellschaften ausdrücklich genannt. Aber nicht im Sinne einer grundsätzlichen Preisgabe des landrechtlichen weiteren Begriffs. Die spezielle Hervorhebung der geistlichen Gesellschaften wurde vielmehr auf Antrag eines Abgeordneten zu dem besonderen Zwecke beschlossen, für alle Fälle die Niederlassung von Jesuiten zu erschweren (St.B. der I. K. 1849/50 Bd. II S. 962 ff.). Es ergiebt sich der Schluß, daß lediglich diejenige beschränkte Tendenz, welche Art. 13 hinsichtlich der Religionsgesellschaften überhaupt verfolgte, auch in Beziehung auf die geistlichen Gesellschaften bestanden haben kann.

Hiernach findet der Gedanke, Art. 13 habe auch den einzelnen Mitgliedern geistlicher Gesellschaften verwehren wollen, zu Gesellschaftsgründungen weltlicher Zweckbestimmung mit dem Erfolge der Erlangung juristischer Persönlichkeit zusammenzutreten, in der Verfassung selbst keinen Anhalt. Man muß dazu sich vergegenwärtigen, wie dem Gesetzgeber der Verfassung die Vorstellung der späterhin so reich entwickelten wirthschaftlichen Gesellschaftsformen ferne lag. Man muß sich erinnern, daß die preußische Verfassung noch durch einen Zeitraum von sechs Jahren von jener Anregung aus der Generalkonferenz des deutschen Zollvereins getrennt ist, welcher die Herstellung eines allgemeinen deutschen H.G.B. erstmalig zu verdanken war. Die Rechtslage nach der Verfassung war vielmehr die, daß die Frage, ob und mit welcher rechtlichen Wirkung Ordensleute zu anderen als geistlichen Gesellschaftszwecken sich vereinigen könnten, eine offene blieb. Die Verfassung hat eine Rechtsfähigkeit in dieser Hinsicht weder gegeben noch versagt. Jene durften, soweit nicht etwa im Gebiete des Landrechts oder sonst nach Provinzialrecht die persönliche Vermögensunfähigkeit ein Hinderniß bedingte oder die Ordensstatuten selbst es verwehrten, von Verfassungswegen zu jeder Art von wirthschaftlichen oder nicht wirthschaftlichen Vereinen zusammentreten. Ob und welche Beschränkungen in dieser Beziehung für Mit-

glieder geistlicher Gesellschaften einzutreten hätten, konnte erst von dem Gang und Inhalte der späteren Gesetzgebung abhängig sein.

Aber kein später ergangenes Landes- oder Reichsgesetz hat ausdrücklich und unmittelbar verboten, daß Mitglieder einer überhaupt im Staate zur Niederlassung berechtigten geistlichen Gesellschaft eine Handelsgesellschaft errichten oder an der Errichtung einer solchen sich betheiligen. Es bliebe also nur übrig, mittelbar ein solches Verbot für Preußen daraus abzuleiten, daß der Erfolg einer derartigen Gesellschaftsgründung einen nach Art. 13 der Verfassung rechtswidrigen und darum verbotenen Zustand darstelle. Aber auch diese Frage wird verneint werden müssen. Und zwar objektiv wesentlich aus dem dreifachen Grunde, daß Korporationsqualität einer geistlichen Gesellschaft im Sinne der Verfassung und handelsgesellschaftliche Rechtsfähigkeit juristisch nicht gleichwerthig sind; daß unbeschadet der Identität der Mitglieder doch eine Verschiedenheit der Rechtssubjekte besteht; daß in dem wirthschaftlichen Erfolge an und für sich nicht die Verwirklichung eines gesetzlich unzulässigen Zweckes gelegen ist. Subjektiv, weil ein agere in fraudem legis nicht nachgewiesen und daher nicht angenommen werden kann.

Die erstgenannten drei Gründe hängen innerlich zusammen oder führen in einander über. Handelsgesellschaftliche Rechtsfähigkeit und Korporationsqualität einer geistlichen Gesellschaft sind nicht gleichwerthig. Allerdings fällt die Rechtsfähigkeit der Handelsgesellschaft auf einem bestimmten Ausschnitte, nämlich auf vermögensrechtlichem Gebiete, inhaltlich im Großen und Ganzen mit den Wirkungen kirchlicher Korporationseigenschaft zusammen. Insoweit wäre nicht ausgeschlossen, auch die Errichtung von Handelsgesellschaften durch Religiose unter das Verbotsgesetz des Art. 13 der Verfassung zu stellen. Indessen wird diese Kongruenz zum Erweise der juristischen Gleichartigkeit nicht ausreichend sein. Um eine objektive Umgehung der Verfassung anzunehmen, kann es nicht genügen, daß durch die Errichtung einer Handelsgesellschaft von Mitgliedern einer Ordensniederlassung für ihre geistliche Gesellschaft in einer, wenn auch wesentlichen Beziehung dasjenige erreicht worden ist, was die Erlangung von Korporationsrechten bezweckt und darbietet. Solcher theilweisen Uebereinstimmung stehen tiefer greifende Verschiedenheiten gegenüber. Tritt doch schon auf vermögensrechtlichem Gebiete ein bedeutsamer Unterschied der Rechtslage darin hervor, daß die Handelsgesellschaft überall ihren selbständigen, vertragsmäßigen oder gesetzlichen Gründen der Auflösung unterliegt (R.G. v. 20. April 1892 §§ 60 ff.). Es ist klar, daß in Folge davon die Sicherheit des Vermögensbesitzes für die geistliche Gesellschaft bei weitem nicht die gleiche ist, als wenn sie selbst

sich im Besitze von Korporationsrechten befindet. Ein Anderes kommt hinzu. Mit dem Besitze der religionsgesellschaftlichen Korporationsqualität sind durch die Gesetzgebung ipso facto gewisse Privilegien im öffentlichen Rechte verknüpft, mit welchen die Privatrechtsfähigkeit einer Handelsgesellschaft nichts gemein hat. Schon das Pr. Str.G.B. vom 14. April 1851 hatte in § 135 die Verspottung irgend einer mit Korporationsrechten im Staate bestehenden Religionsgesellschaft unter ein besonderes Strafgesetz gestellt. Dieser Rechtsschutz ist durch § 166 des R.Str.G.B. wesentlich beibehalten. Ganz abgesehen davon, daß zu den strafrechtlich geschützten Einrichtungen der katholischen Kirche das Ordenswesen ohnehin gezählt wird, würde jede mit Korporationsrechten ausgestattete Kongregation aus selbständigem Rechtstitel den Schutz des § 166 in Anspruch zu nehmen haben, nachdem, wie oben dargethan, die geistlichen Gesellschaften in Preußen lediglich als eine Unterart der Religionsgesellschaften angesehen sind. Das System der öffentlichrechtlichen Privilegiirung der kirchlichen Korporationen ist inzwischen durch Reichs- und Landesgesetzgebung noch weiter ausgebaut. Ich exemplifizire nur auf die Steuerbefreiungen des preußischen Rechts. Die gottesdienstlichen Gebäude der mit Korporationsrechten versehenen Religionsgesellschaften sind nach § 24 g des Kommunalabgabengesetzes v. 14. Juni 1893 den Steuern vom Grundbesitz nicht unterworfen; man vergleiche ferner den Tarif des Erbschaftssteuergesetzes von 1891 unter lit. i der Befreiungen und gleichlautend § 5 c des Stempelsteuergesetzes von 1895. Es ist ausgeschlossen, diese und andere weit in das öffentliche Rechtsgebiet hinein wirksamen Folgen der kirchlichen Korporationsqualität außer Rechnung zu stellen, wenn es sich um die Frage handelt, ob ihr die Rechtsfähigkeit einer Handelsgesellschaft juristisch gleichwerthig sei.

Sollte aber selbst diese öffentlich rechtliche Differenzirung für minder wesentlich zu achten sein, als das Gleichmaß der privatrechtlichen Vermögensfähigkeit, so wird man doch keinesfalls über die Verschiedenheit des Rechtssubjekts hinwegzukommen vermögen. Sie ergiebt sich sofort mit aller rechtlichen Sicherheit, wenn die Möglichkeit der Aufhebung einer Ordensniederlassung in Anwendung des öffentlichen Vereinsrechts, hier auf Grund von § 2 des Ordensgesetzes vom 31. Mai 1875, in Betracht gezogen wird. Niemand wird auf den Gedanken verfallen, daß damit die nach dem R.G. vom 20. April 1892 von den Ordensmitgliedern errichtete Handelsgesellschaft gleichzeitig aufgelöst sei. Der Personenverein kann wegfallen, das aus denselben Personen gebildete Rechtssubjekt bleibt bestehen. Die Selbständigkeit beider beruht nicht in der Verschiedenheit ihrer Mitglieder, sondern in der Verschiedenheit ihres rechtlichen Ent-

stehungsgrundes. Daher müßte auch unerheblich sein, ob sich alle oder nur einzelne Mitglieder einer geistlichen Gesellschaft an der Handelsgesellschaft betheiligt haben. Auch im ersteren Fall kann nicht die geistliche Gesellschaft „als solche" sich die Form einer Handelsgesellschaft gegeben und auf diesem Umwege das Verbotsgesetz des Art. 13 der Verfassung umgangen haben. Die Errichtung einer Handelsgesellschaft hat stets eine Mehrheit von handelnden Rechtssubjekten zur Voraussetzung. Im hier unterstellten Falle mindestens zwei. Sie mögen physische oder juristische Personen sein. Aber eben die juristische Persönlichkeit geht an und für sich der geistlichen Gesellschaft ab. Sie kann als solche eine Handelsgesellschaft weder errichten, noch an der Errichtung betheiligt sein. Man wird immer wieder darauf hingeführt, daß zwischen den Mitgliedern der geistlichen Gesellschaft und denselben Personen in ihren Rechtsverhältnissen außerhalb dieser Mitgliedschaft streng unterschieden werde. In der ersten Eigenschaft sind sie dem beschränkenden Sonderrechte des Art. 13 der Verfassung unterstellt. In der zweiten unterliegen sie dem allgemeinen Recht, welches ihnen die Benutzung einer handelsgesellschaftlichen Form für die in ihr gesetzlich zulässigen Zwecke nicht verwehrt. Allerdings könnte noch immer der Einwand zu gewärtigen sein, daß eine solche Scheidung gegenüber geistlichen Gesellschaften der katholischen Kirche mit aller Konsequenz nicht durchführbar sei. Denn da nach den Ordensstatuten ihre Mitglieder andere Rechtsgeschäfte, als für die geistliche Gesellschaft selbst zu betreiben in der Regel nicht berechtigt sind, so müsse angenommen werden, daß, wenn Religiose Handelsgesellschaften errichten, sie dies in jedem Falle nur in ihrer Eigenschaft als Religiose thun. Diese Erwägung würde aber an dem Dualismus der Rechtssubjekte doch nichts ändern können. Das interne Verhältniß der Religiosen zu ihren Ordensstatuten und ihr darauf gegründetes Thätigwerden im Interesse der geistlichen Gesellschaft kann juristisch überall nicht anders, denn als Beweggrund ihres Handelns bei Errichtung einer Gesellschaft mit wirthschaftlichen Zwecken in Betracht gezogen werden. Beweggründe aber sind kein bestimmendes Kriterium für die Entscheidung über gesetzmäßiges oder gesetzwidriges Handeln. Hierüber entscheidet allein der rechtlich erlaubte oder nicht erlaubte Erfolg.

Damit ist das dritte objektive Moment in den Gesichtskreis gerückt. Geistliche Gesellschaften können Korporationsrechte nicht ohne Gesetz erlangen bedeutet nicht, daß ihnen verwehrt sein solle, Vermögen für ihre Zwecke zu gewinnen, zu verwenden und selbst fiduziarisch zu besitzen. Das bedeutet nur, daß ihnen diejenige Rechtsform des Vermögens-Erwerbes und -Besitzes versagt sein solle, welche durch die Eigenschaft

und den Rang einer Korporation gegeben ist. Die Korporation gewährleistet Sicherheit und Dauerbestand des Vermögensbesitzes. Dieser Garantien können geistliche Gesellschaften nur durch Gesetz theilhaftig sein. Sie werden solche auch auf keinem Umwege in gleicher Stärke zu erlangen vermögen. Dagegen ist es kein verbotenes Handeln, wenn sie das wirthschaftliche Ziel in einer anderen, als der verfassungsmäßig ausgeschlossenen Rechtsform mit möglichster Vollkommenheit zu erreichen und sicher zu stellen versuchen. Die wirthschaftliche Unterstützung geistlicher Gesellschaften durch ihre Mitglieder in rechtlich unverbotener Form ist „kein gesetzlich unzulässiger Zweck". Immer bleibt natürlich vorausgesetzt, daß die geistliche Gesellschaft selbst eine zugelassene und damit rechtlich erlaubte sei. Zur wirthschaftlichen Unterstützung eines nach R.Str.G.B. §§ 128, 129 verbotenen Vereins kann sich keine Gesellschaft mit beschränkter Haftung bilden. Ebenso nicht zum fiduziarischen Vermögensbesitz für eine Niederlassung des Ordens der Gesellschaft Jesu oder einer ihm verwandt erklärten ordensähnlichen Kongregation. Außerhalb dieser Schranken aber kann die Zuwendung eines den Vortheilen des Korporationsbesitzes privatrechtlich gleichstehenden oder nahe kommenden wirthschaftlichen Erfolges an und für sich als eine Verletzung des Verfassungsverbots nicht zu betrachten sein.

Es erübrigt, auch die subjektive Seite in Erwägung zu ziehen. Hört man freilich Corpus juris und Pandektenlehrbücher allein, so möchte die Sache für Mönche und Nonnen nicht gut stehen. Wie zugeschnitten auf die species facti lehrt Dernburg I (5. A.) S. 71: „Das Verbotsgesetz will in der Regel nicht bloß einen bestimmten Weg zu einem Ziele ungangbar machen, sondern einen materiellen, insbesondere wirthschaftlichen Erfolg verhindern. Verbietet es z. B., gewissen Personen etwas letztwillig zuzuwenden, so soll ihnen auch nichts durch Vorschiebung Dritter zugewendet werden". Sicherlich und ungeachtet seiner illustren Gewährsmänner wird aber Dernburg gelten lassen, daß im Hinblick auf die breiteste Kontrole der Oeffentlichkeit bei Errichtung einer Handelsgesellschaft unter Mitwirkung des Richters die vom römischen Recht für Rechtsgeschäfte unter Privatpersonen geprägte Theorie des agere in fraudem legis nicht ohne weiteres auf die hier in Frage stehenden Verhältnisse übertragen werden kann. Selbst nach römischem Recht gilt es immerhin noch nicht als in legis fraudem actum, wenn ein dem verbotenen verwandter Erfolg angestrebt wird. Nur als ein „verwandter Erfolg" würde, wie schon oben dargethan, in jedem Falle die Rechtsfähigkeit der durch Religiose gebildeten Handelsgesellschaft an Stelle der Korporationsqualität ihrer geistlichen Gesellschaft selbst bezeichnet werden

können. Indessen setzt hier noch eine andere Gedankenreihe ein, welche die Frage nothwendig über rein privatrechtliche Erwägungen hinausdrängt und freilich auch unvermeidlich schon jetzt in etwas auf das politische Gebiet hinüberführt.

Bei unbefangener Würdigung der Verhältnisse muß man zugeben: die bisherigen wie die zu erwartenden Fälle der Errichtung von Handelsgesellschaften durch Religiose offenbaren einen zweifellosen wirthschaftlichen Nothstand der nicht mit Korporationsrechten ausgestatteten geistlichen Gesellschaften. Thatsache ist, daß ihnen ein zum Theil erhebliches Vermögen an Immobilien und Kapitalien zugeflossen ist und fortwährend zufließt. Alle Reflexionen über Quellen, Veranlassung, nationalökonomische Wirkung und überhaupt die Gefahren der todten Hand treten vor der Macht der Thatsache selbst zurück. Dieses Vermögen strebt mit Naturnothwendigkeit nach sicherer Anlage, nach der Möglichkeit zweckgemäßer Verwendung und nach einer rechtlichen Form der Uebertragbarkeit. Die früher auch in Deutschland allgemein übliche und erst seit der reichen Entwickelung des Gesellschaftswesens mehr zurückgetretene, in Amerika stets gewählte Form, das Vermögen in den Besitz eines einzelnen Treuhänders zu geben, entspricht überall diesen Bedürfnissen nur unvollkommen. Jenes bleibt nicht nur zu Lebzeiten des Besitzers den Gefahren der Zersplitterung und des Verlusts, sondern namentlich auch nach seinem Tode für den Fall, daß nicht ausreichende testamentarische Vorsorge getroffen war, dem Zugriff der Intestaterben ausgesetzt. Kein Wunder, daß die geistlichen Gesellschaften ein annäherndes Aushülfsmittel, welches ihnen die fortgeschrittene Wirthschaftsgesetzgebung freiwillig darbietet und ihre vermögensrechtliche Existenz einigermaßen sicherstellt, mit Lebhaftigkeit ergreifen. Es bedeutet eine Verkennung der realen Lebensmächte, einerseits zwar die Bildung von Gesellschaften mit weitreichenden, gerade die Opferwilligkeit besonders anregenden idealen Zwecken zu ermöglichen, auf der anderen Seite aber ihnen die Vermögensfähigkeit überhaupt zu versagen. Es ist nicht wesentlich anders, als wenn im Gebiete des natürlichen Lebens zwar dem Menschen die Erlaubniß zu sein und zu leben eingeräumt, ihm aber die Möglichkeit, die zum Athmen nöthige Luft und zum Leben nothwendige Nahrung aufzunehmen, versagt würde. Die Errichtung von Handelsgesellschaften durch Religiose ist ein durch die Macht der thatsächlichen Verhältnisse und den natürlichen Selbsterhaltungstrieb eingegebenes Mittel der künstlichen Ernährung ihrer geistlichen Gesellschaften. Und dieses Mittel ist nicht arglistig von den Religiosen ersonnen, sondern von dem Staate, welcher auf die Gefahren nahezu schrankenloser Freiheit in der Anwendung dieser Gesellschaftsform

nachdrücklich aufmerksam gemacht war, selbst zur Verfügung gestellt. Die in der Litteratur zum Theil sehr temperamentvoll vorgetragenen Bedenken gegen Erlaß des R.G. vom 20. April 1892 sind bekannt. In diesem Zusammenhange sei nur an eine Aeußerung O. Bähr's („Grenzboten", Januarheft 1892, S. 210—226, insbesondere S. 217) erinnert, weil sie unmittelbar die hier zur Erörterung stehende Frage streift: „Man wird unbedenklich aussprechen können, daß der Entwurf dem bestehenden Rechte den Boden ausschlüge. Eine Gesellschaft mit der Befugniß selbständigen Vermögenserwerbs und beschränkter Haftung soll sich für jeden gesetzlichen Zweck frei bilden können! Damit ist die ganze Lehre, daß die Rechte einer juristischen Person nur durch Verleihung der Staatsgewalt erworben werden können, über Bord geworfen. Allerdings soll die Gesellschaft mit einem gewissen, dem Handelsrecht entnommenen Apparat ausgestattet sein. Aber kann sich denn nicht jede Gesellschaft, mag sie Zwecke verfolgen, welche sie will, diese Formen aneignen? Jede Gesellschaft wird doch mit einer gewissen Vermögensverwaltung verbunden sein. Was hindert es, für diese Vermögensverwaltung die von dem neuen Gesetz gebotenen Formen, sei es auch nur als einen nichtssagenden Hokuspokus, anzunehmen? Warum sollte sich nicht z. B. jeder neue religiöse Orden als Gesellschaft mit beschränkter Haftung aufthun können?" Dieser grundsätzlich ablehnende Standpunkt gegen die neue Gesellschaftsform wurde damals von nur Wenigen und wird gegenwärtig wohl von Niemandem mehr getheilt. Der Erfolg hat das Bedürfniß dieser Gesellschaftsform über Erwarten gerechtfertigt. Aber man stehe dazu, wie man wolle. Eines wird einzuräumen sein. Wenn die Reichsgesetzgebung handelsgesellschaftliche Gründungen freigegeben und befördert hat, welche dem Verbotsgesetze des Art. 13 der preußischen Verfassung thatsächlich den wesentlichsten Theil seines privatrechtlichen Inhaltes und seiner kirchenpolitisch beabsichtigten Wirksamkeit entziehen, so trägt die Schuld daran, wenn von einer solchen hier geredet sein will, der Gesetzgeber selbst. Er hat es unterlassen, den rückwirkenden Einfluß seiner Bestimmungen auf Recht und Leben der Gegenwart genügend auszumessen. Gelegentliche und juristisch ungenaue Vorbehalte in den Motiven über den unveränderten Fortbestand aller für geistliche Gesellschaften im Landesrecht begründeten Beschränkungen konnten hier nicht ausreichend und durchgreifend sein. Wollte er auch fiduziarischen Vermögensbesitz geistlicher Gesellschaften ausschließen, so mußte er sagen: Religiose dürfen Handelsgesellschaften nicht errichten und an solchen nicht betheiligt sein. That er das nicht und die Unterthanen wissen von der gesetzlichen Freiheit des Handelns zu ihrem Vortheile Gebrauch zu machen, so kann ihnen dies

nicht als agere in fraudem legis, als schuldhafte Umgehung der Verfassung zuzurechnen sein.

Die Vermuthung hat sich hiernach bestätigt, daß eine Verantwortlichkeit für die Inkongruenz zwischen der preußischen Verfassungsbestimmung und den ihren Intentionen widersprechenden Thatsachen doch nicht allein von den Religiosen getragen werden muß. Es fragt sich aber, welche rechtlichen Mittel der bestehenden Sachlage gegenüber ins Auge gefaßt werden können, um etwaigen Gemeingefahren aus der erweiterten wirthschaftlichen Bewegungsfreiheit der geistlichen Gesellschaften zu begegnen.

Keine neuen Akte der Gesetzgebung. Daß ich nicht zu vertreten vermöchte, Religiosen die Errichtung von Handelsgesellschaften überhaupt und von solchen mit beschränkter Haftung im Besonderen gesetzlich zu verbieten, ergiebt sich aus den unmittelbar vorangegangenen Ausführungen von selbst. Im Wege der Landesgesetzgebung wäre die Sache ohnehin nicht zu machen, da ein solches Verbot eine Aenderung der Reichsgesetze über Handelsgesellschaften bedingen würde. Außerdem hat Art. 87 des E.G. z. B.G.B. die Grenzen landesgesetzlicher Beschränkbarkeit der Erwerbsfähigkeit von Religiosen genau abgesteckt und auf unentgeltliche Erwerbsarten reduzirt. Unberührt sind nur geblieben die Vorschriften, welche die Wirksamkeit von Schenkungen an Mitglieder religiösen Orden oder ordensähnlicher Kongregationen von staatlicher Genehmigung abhängig machen (Abs. 1), und nach welchen jene nur mit staatlicher Genehmigung von Todeswegen erwerben können (Abs. 2). In beiden Fällen ist sogar noch ein Vorbehalt hinzugekommen für Mitglieder solcher Orden oder ordensähnlichen Kongregationen, bei denen Gelübde auf Lebenszeit oder auf unbestimmte Zeit nicht abgelegt werden (Abs. 3). Dagegen sind alle darüber hinausgehenden Erwerbsbeschränkungen, insbesondere also in Ansehung ihrer Fähigkeit zum entgeltlichen Erwerbe von Grundeigenthum und zum Abschluß anderer onerosen Rechtsgeschäfte der landesgesetzlichen Ordnung entrückt. Daß aber die Reichsgesetzgebung die allgemeine Vermögensfähigkeit, welche sie nunmehr mit der einen Hand den Religiosen gegeben, alsbald durch ein Verbot der Errichtung von Handelsgesellschaften in einer wesentlichen Beziehung mit der anderen wieder zurücknehmen sollte, wäre weder zu erwarten noch zu befürworten. Es wäre nicht zu erwarten, weil die jetzt bestehende Ordnung das Ergebniß eines nicht mühelos gewonnenen Kompromisses zwischen den Ansprüchen des Staates und den für die wirthschaftliche Freiheit der geistlichen Gesellschaften geltend gemachten Bedürfnissen darstellt. Auf die Schilderung dieses Interessenstreites wird noch zurückzukommen sein. Es wäre aber auch nicht zu befürworten, weil in solchem Verbote eine dem

Geiste der Zeit widerstrebende Rückbildung und ein unmittelbarer Anreiz gelegen sein würde, dem Erwerbstrieb auf Schleichwegen nachzugehen.

Damit ist die erforderliche Gegenwirkung auf die, wie allerdings vorauszusetzen und zu fordern wäre, ernsthafte Anwendung der im bestehenden Rechte dargebotenen Mittel der Staatsaufsicht verwiesen. Solche sind theils durch die Reichsgesetzgebung den Einzelstaaten zur Verfügung gestellt, theils im Landesrechte selbst entwickelt. Es kommen in Betracht der Widerruf der Erlaubniß für Nebenthätigkeiten von Ordensniederlassungen, die Möglichkeiten der Gesellschaftsauflösung und die Anwendung der Amortisationsgesetze.

Der Widerruf ist auf den besonderen Fall berechnet, daß etwa ein handelsgesellschaftlicher Betrieb von Religiosen durch seine Zweckbeziehung auf an und für sich erlaubte Nebenthätigkeiten von Ordensniederlassungen den Anlaß zu Bedenklichkeiten gegeben hat. Eine solche Möglichkeit kann um so weniger auszuschließen sein, je mehr durch die preußische kirchenpolitische Gesetzgebung der Umfang der widerruflich zugelassenen Nebenthätigkeiten allmählich erweitert worden ist. Zunächst wurden durch Art. 6 der Novelle vom 14. Juli 1880 die Minister des Innern und der geistlichen Angelegenheiten ermächtigt, widerruflich zu gestatten, daß gegenwärtig bestehende weibliche Genossenschaften, welche sich ausschließlich der Krankenpflege widmen, die Pflege und Unterweisung von Kindern, die sich noch nicht im schulpflichtigen Alter befinden, als Nebenthätigkeit übernehmen; durch dasselbe Gesetz ist der Krankenpflege im Sinne des Ordensgesetzes vom 31. Mai 1875 die Pflege und Unterweisung von Blinden, Tauben, Stummen und Idioten sowie von gefallenen Frauenspersonen gleichgestellt. Hierin traten noch zweimal Erweiterungen ein. Durch Art. 13 der Novelle vom 21. Mai 1886 sind die erlaubten Nebenthätigkeiten der ausschließlich krankenpflegenden Orden und ordensähnlichen Kongregationen auf die Uebernahme der Pflege und Leitung in Waisenanstalten, Armen- und Pfründnerhäusern, Rettungsanstalten, Asylen und Schutzanstalten für sittlich gefährdete Personen, Arbeiterkolonien, Verpflegungsanstalten, Arbeiterherbergen, Mägdehäusern, sowie auf die Uebernahme der Leitung und Unterweisung in Haushaltungsschulen und Handarbeitsschulen für Kinder in nicht schulpflichtigem Alter ausgedehnt worden. Endlich wurde, nachdem durch die Novelle vom 29. April 1887 Art. V § 1 der Kreis der in Preußen wiederzugelassenen Orden und ordensähnlichen Kongregationen überhaupt erweitert war, in § 3 l. c. den Ministern des Innern und der geistlichen Angelegenheiten die Ermächtigung ertheilt, „den bestehenden sowie den wiederzuzulassenden Orden und Kongregationen die Ausbildung von Missionaren für den Dienst im

Auslande, sowie zu diesem Behufe die Errichtung von Niederlassungen zu gestatten.“ Diese gesetzlich zugelassenen Nebenthätigkeiten umfassen nahezu das ganze Gebiet der inneren und äußeren Mission. Sie gestatten einen weitreichenden und tiefgreifenden Einfluß auf das Volksleben. Ihre Ausübung repräsentirt eine soziale Macht. Es bedarf nicht besonderen Nachweises, welche Steigerung dieser Macht es bedeute, daß die Mitglieder solcher geistlichen Genossenschaften durch das Mittel der Handelsgesellschaft Vermögen für die bezeichneten Zwecke erwerben und festlegen können. Der Widerruf von Nebenthätigkeiten kann indes auf die hier allein in Frage stehende Abwendung gemeingefährlichen wirthschaftlichen Geschäftsbetriebs von Religiosen nur von mittelbarem Einfluß sein. Es fehlt aber auch nicht an direkt wirksamen Mitteln der Staatsaufsicht.

Die Möglichkeit der Auflösung besteht sowohl für die Ordensniederlassung, als für die durch ihre Mitglieder errichtete Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Die Anwendbarkeit des § 43 B.G.B. kann nicht in Frage kommen. Die Voraussetzungen der Auflösung gründen sich in beiden Fällen auf spezialgesetzliche Bestimmung. Im ersten Fall auf § 2 des Ordensgesetzes vom 31. Mai 1875 in Verbindung mit § 2 der Novelle vom 29. April 1887, welcher die wiederzugelassenen Orden und Kongregationen den bereits bestehenden in Anwendung der allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen gleichgestellt hat. Hiernach „können“ geistliche Gesellschaften „jederzeit durch Königliche Verordnung aufgehoben werden“. Die Gründe der Auflösung sind nicht gesetzlich festgelegt. Es waltet freies administratives Ermessen. Kein Zweifel, daß die Auflösung auch dann geschehen kann, wenn der Orden durch die Thatsache oder durch die Art und Weise des handelsgesellschaftlichen Betriebs seiner Mitglieder staatsbedenklich geworden ist. Die andererseits aus den Ordensmitgliedern gebildete Gesellschaft mit beschränkter Haftung unterliegt der Auflösung nach Maßgabe des § 62 des Gesetzes vom 20. April 1892. Die Entscheidung über die Auflösung hat im Verwaltungsstreitverfahren durch die Verwaltungsgerichte zu geschehen. Da nicht in Anwendung des Gesetzes vom 27. April 1885 für diese Art von Streitigkeiten, welche nach reichsgesetzlicher Vorschrift im Verwaltungsstreitverfahren zu entscheiden sind, durch Königliche Verordnung eine besondere Instanz bestimmt worden ist, so sind hierfür die allgemeinen Zuständigkeitsbestimmungen des § 7 des L.V.G. vom 30. Juli 1883 maßgebend. Die Auflösung selbst kann nur erfolgen, „wenn eine Gesellschaft das Gemeinwohl dadurch gefährdet, daß die Gesellschafter gesetzwidrige Beschlüsse fassen oder gesetzwidrige Handlungen der Geschäftsführer wissentlich geschehen lassen“. Man sieht, die Grenzen sind hier ungleich enger gezogen als im ersten Fall. Die

„Gefährdung des Gemeinwohls“ ist ein unbestimmter Begriff. Die Handlungen einzelner Gesellschaftsmitglieder werden, selbst wenn sie das Gemeinwohl gefährden, niemals die Folge des § 62 nach sich ziehen. Die Auflösung läßt sich bei einiger Vorsicht im Geschäftsbetrieb vermeiden. Immerhin kann in Betracht gezogen werden, daß etwa die Gesellschafter Vermögenszuwendungen zu Zwecken verbotener Nebenthätigkeiten ihrer Ordensniederlassung beschließen oder daß sie Zuwendungen an verbotene geistliche Gesellschaften durch ihre Geschäftsführer verabreichen lassen. Dagegen würden nationalwirthschaftliche Bedenken allein ohne den Thatbestand gesetzwidrigen Handelns die Auflösung der Handelsgesellschaft nicht rechtfertigen.

Ueber die rechtliche Zulässigkeit der bisher genannten Maaßnahmen kann Meinungsverschiedenheit nicht bestehen. Anders in der Frage der Anwendbarkeit der Amortisationsgesetze. Hier ist Widerspruch bereits eingelegt. Dem Verfasser des erwähnten Artikels in Charitas I erschien es S. 139 zwar „auf den ersten Blick fraglich, ob auf Gesellschaften mit beschränkter Haftung die in einzelnen Staaten, z. B. in Preußen, bestehenden Gesetze, wonach juristische Personen bei Grunderwerb staatlicher Genehmigung bedürfen, Anwendung finden müssen“. Er verneint aber alsbald und bestimmt die Frage mit der Begründung, daß „das den Landesgesetzen vorgehende R.G. vom 20. April 1892 eine diesbezügliche Einschränkung nicht kennt“. Die Ueberzeugung von der Richtigkeit dieser Auffassung ist ihm „ein Grund mehr, weshalb die Gesellschaft mit beschränkter Haftung für alle charitativen Anstalten und Vereine als zweckmäßigste Form empfohlen werden kann“. Diese uneingeschränkte Ablehnung der Anwendbarkeit der Amortisationsgesetze ist durchaus nicht haltbar. Gegen die angegebene Begründung ist freilich nichts Ernsthaftes auszurichten. Daß ein Reichsgesetz den Landesgesetzen vorgehe und daß das R.G. vom 20. April 1892 die Gesellschaften mit beschränkter Haftung nicht ausdrücklich den landesrechtlichen Erwerbsbeschränkungen des Grundeigenthums unterworfen hat, sind zwei Wahrheiten, welche man nicht bestreiten kann. Aber beide Beweisgründe sind im Gedankenbau des Verfassers an eine Stelle gerathen, wo es nichts zu stützen giebt, während die eigentlich beweisbedürftige Frage überhaupt nicht gestellt ist.

Das Verhältniß der landesrechtlichen Amortisationsvorschriften zu den juristischen Personen reichsrechtlichen Ursprungs hat in den einzelnen Berathungsstadien des E.G. eine Rolle mit wechselvollem Schicksal gespielt. Ich beabsichtige nicht, mich der dort geäußerten Ansichten zur Beweisführung zu bedienen. Aber fast möchte man sagen, daß durch Streichung einer auf jenes Verhältniß bezüglichen Vorschrift eine Entscheidung in

ganz bestimmtem Sinne getroffen worden sei. Der Entwurf 1. Lesung der Bundesrathsvorlage war noch davon ausgegangen, daß die landesgesetzlichen Erwerbsbeschränkungen fallen müßten, soweit es sich um Körperschaften handle, deren Rechtspersönlichkeit auf der Reichsgesetzgebung beruht. Eine dementsprechende Bestimmung enthielt daher Art. 49 Abs. 3. Einerseits sei, so lautete die Begründung, der Landesgesetzgebung nicht die Macht einzuräumen, die einer Körperschaft von Reichswegen beigelegte Vermögensfähigkeit dadurch zu unterbinden, daß sie jene vom Erwerb einzelner vielleicht wichtiger und ihr unentbehrlichen Rechte ausschließe. Andererseits biete die reichsgesetzliche Regelung der privatrechtlichen Stellung und Organisation der betreffenden Körperschaft hinreichende Gewähr dafür, daß die Bethätigung der zugestandenen Vermögensfähigkeit zu einer Gefährdung der wirthschaftlichen Interessen der Einzelstaaten nicht führen werde (M. z. E.G. S. 176 f.). Das in dem letzteren Grund ausgedrückte Vertrauen fand aber in der Kommission 2. Lesung nicht allseitig Erwiederung. Zwar wurde die Begründung der Motive nicht nur nachdrücklich wiederholt, sondern noch dahin erweitert, daß, wenn auch nicht dem Wortlaut, so doch dem Geiste des Art. 3 der Reichsverfassung entsprechend sei, einem Rechtszustand ein Ende zu machen, nach welchem einem Bundesstaat es frei stehen würde, den auf ausländische juristische Personen anwendbaren Erwerbsbeschränkungen auch die juristischen Personen eines anderen deutschen Bundesstaates zu unterwerfen. Es wurde sogar ausgesprochen, „die Beibehaltung der landesgesetzlichen Vorschriften über die Erwerbsbeschränkungen der juristischen Personen könne für das Zustandekommen des B.G.B. ein Hinderniß werden, das die Kommission gut thue zu beseitigen.“ Abs. 3 Art. 49 fiel in der 1. Berathung gleichwohl. Es sei nicht die Aufgabe des E.G. zum B.G.B., das Verhältniß der Landesgesetzgebung zu früher erlassenen Reichsgesetzen zu bestimmen. Vor allem aber bedinge ein materieller Grund die Streichung jenes Vorbehalts. „Seit Ausarbeitung des E.G. sei eine erhebliche Aenderung eingetreten in Folge des Gesetzes über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Dieses Gesetz ermögliche allen denkbaren Bestrebungen, sich der genannten Rechtsform zu bedienen. Alle diejenigen Vereine, welche sich den ihnen lästig erscheinenden Erwerbsbeschränkungen entziehen wollten, seien mithin, wenn man es bei Abs. 3 belasse, in der Lage, die Schranken, welche die Landesgesetzgebung der Erwerbsfähigkeit gewisser Vereinigungen im öffentlichen Interesse setze, dadurch zu umgehen, daß sie sich der Rechtsform der G. m. b. H. bedienten“ (Prot. z. E.G. S. 8846—8852). In der 2. Berathung wurde jedoch die Bestimmung als Abs. 2 des nunmehrigen Art. 61 wieder aufgenommen. Zwar kam zur Aussprache,

wie die Praxis bereits entschieden sich der Auffassung zugewendet habe, daß die Erwerbsbeschränkungen, welchen nach den Landesgesetzen alle oder gewisse juristische Personen unterworfen sind, auch auf diejenigen juristischen Personen Anwendung finden, welchen die juristische Persönlichkeit kraft Reichsrechtes zukommt. Diese Auffassung gesetzlich zu beseitigen, gehe im Hinblick auf die Amortisationsgesetze der Bundesstaaten zu weit. Es werde die Umgehung dieser Gesetze ermöglicht, indem z. B. eine Gesellschaft m. b. H. gegründet werde, während in Wahrheit eine sog. Bruderschaft vorliege (z. vgl. bayer. Amortis.G. v. 1701, meine Amortis.G. S. 195—202). „Gerade das Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung sei in dieser Hinsicht besonders gefährlich.“ Trotzdem wurde schließlich der Vorbehalt zu Gunsten der juristischen Personen reichsrechtlichen Ursprungs wieder eingestellt, weil die Garantien der Reichsgesetzgebung nicht befürchten ließen, „daß die Annahme des Antrages eine Gefährdung der Zwecke zur Folge haben werde, die die Amortisationsgesetze verfolgen“ (Prot. z. E.G. S. 9203—9208). In der Reichstagsvorlage Art. 86 hinwiederum fehlte endlich der Vorbehalt. Aus dem Bericht der XII. Kommission vom 12. Juni 1896 (Druckf. 87 a) ist ersichtlich, daß noch einmal der Antrag gestellt worden war, die landesrechtlichen Amortisationsvorschriften überhaupt zu beseitigen, eventuell ihre Anwendbarkeit auf die juristischen Personen reichsgesetzlicher Quelle auszuschließen. „Die Erwerbsbeschränkungen der todten Hand hätten sich überlebt und gehörten einer längst überwundenen Periode an.“ Von den Regierungsvertretern wurde aber dem entschieden widersprochen und das Bedürfniß des Fortbestandes der Amortisationsgesetze aus ihrem Zusammenhange mit den staatsrechtlichen Zuständen der einzelnen Länder, mit dem Gesammtverhältnisse zwischen Staat und Kirche sowie mit den verschiedenen wirthschaftlichen Verhältnissen begründet. Der Ausgleich wurde zuletzt durch die in den Art. 87 Abs. 3 eingerückte und schon früher erwähnte Konzession zu Gunsten der persönlichen Vermögensfähigkeit der Religiosen hergestellt (Ber. S. 30—39). Resultat: das E.G. kennt einen Vorbehalt zu Gunsten der juristischen Personen nicht, deren Rechtsfähigkeit auf besonderer reichsgesetzlicher Vorschrift beruht. Die Bestimmung hierüber ist dem Landesrecht verblieben.

Hiernach stellt sich die Beweisfrage doch anders, als der Berichterstatter der Charitas vermeint. Auch anders, als Birkenbihl sie stellt, welcher unter allen Kommentatoren des R.G. v. 20. April 1892 alleinstehend die Frage der Anwendbarkeit der Erwerbsbeschränkungen auf Gesellschaften mit beschränkter Haftung verneint und dafür ebenfalls einen anderen Grund nicht anzugeben weiß, als „daß das Gesetz die

Rechtsfähigkeit der G. m. b. H. ohne irgend welche Einschränkung und insbesondere schlechthin in Bezug auf Grundeigenthum ausspreche" (Komm. 1893, S. 93). Ich habe ihn aber oben nicht genannt, weil ich nicht sicher bin, daß diese Ansicht noch jetzt auf Grund des B.G.B. von ihm beibehalten worden wäre. Art. 86 des E.G. z. B.G.B. hat die landesgesetzlichen Vorschriften, welche den Erwerb von Rechten durch juristische Personen beschränken oder von staatlicher Genehmigung abhängig machen, aufrecht erhalten, soweit diese Vorschriften Gegenstände im Werth von mehr als 5000 M. betreffen. Die Anwendbarkeit dieser Bestimmungen ist nicht davon abhängig, daß sie für eine durch das Reichsrecht geschaffene Gesellschaftsform ausdrücklich ausgesprochen wurde, sondern davon allein, ob eine bestimmte Gesellschaft zur Gattung der juristischen Personen gehöre. Ist dies zu bejahen und gehört nicht die Gesellschaft zu den landesrechtlich von den Erwerbsbeschränkungen überhaupt oder in gewissem Umfang freigegebenen juristischen Personen, dann ist die Anwendbarkeit der Amortisationsvorschriften von selbst gegeben. Die Frage nach der juristischen Persönlichkeit der hier in Betracht kommenden Gesellschaften entscheidet sich aus den besonderen Rechtsquellen außerhalb des B.G.B. (vgl. dazu M. z. E.G. S. 177 o.), die Frage nach Art und Maß ihrer Erwerbsbeschränkungen nach den auf Grund Art. 86 des E.G. reformirten Amortisationsvorschriften des Landesrechts, in concreto also jene nach dem R.G. vom 20. April 1892, diese nach dem Preußischen Ausf.G. z. B.G.B. vom 20. September 1899.

Um in der ersteren Richtung schlüssig zu werden, bedarf es nicht einer Aufrollung des ganzen Problems von der rechtlichen Natur der Handelsassoziationen. Ebensowenig kann aus den allgemeinen Erwägungen über den vorwiegend kollektivistischen oder individualistischen Charakter der Gesellschaften mit beschränkter Haftung ein haltbarer Schluß auf dem Boden des Rechts zu ziehen sein. Wie vielerlei Meinungsverschiedenheiten auch noch immer auf der ganzen Linie in beiderlei Richtung bestehen, so ist doch so viel erreicht, daß man aufgegeben hat, die Frage der juristischen Persönlichkeit der Handelsgesellschaften lediglich aus abstrakten Merkmalen zur generellen Lösung bringen zu wollen. Sie kann nur unter sorgfältiger Differenzirung der einzelnen handelsgesellschaftlichen Formen auf Grund des positiven Rechts zu entscheiden sein. Eine unmittelbare Entscheidung hat allerdings auch das R.G. vom 20. April 1892 nicht gegeben und nicht geben wollen. Ausdrücklich ist in den Motiven der Entwürfe (I S. 58, II S. 46) bemerkt, daß die Frage, ob die Gesellschaft als juristische Person zu betrachten sei, durch § 13 „nicht entschieden werden sollte". „Sie sei im Wesentlichen theoretischer Natur

und müsse deshalb der Wissenschaft überlassen bleiben." Nun ist die angegebene Begründung zwar sicherlich verfehlt. Die nicht minder wesentlich praktische Natur der Frage wird durch eben ihren Zusammenhang mit der Anwendbarkeit der Amortisationsgesetze hinreichend illustrirt (vgl. auch Neukamp, Komm., 1893, S. 22 f.). Es ist gleichwohl nur zu billigen, daß das Gesetz auf eine grundsätzliche Entscheidung verzichtet hat. Denn es würde durch eine solche die Berücksichtigung des unerschöpflichen Reichthums der Erscheinungen des Rechtslebens und der Terminologie der Rechtsquellen lediglich behindert worden sein. Gerade auf diese Freiheit aber kommt es hier an.

Den entscheidenden Gesichtspunkt für den richtigen Gebrauch dieser Freiheit ermittelt zu haben, ist m. E. ein Verdienst des preußischen Oberverwaltungsgerichts. Seiner Rechtssprechung lag die Frage der juristischen Persönlichkeit von Gesellschaften mit beschränkter Haftung mehrfach vor. Es geschah dies im Zusammenhange mit Steuer- und Wahlrechtsangelegenheiten. Bemerkenswerth ist hier vor allem das Endurtheil vom 27. Juni 1896 (Entsch. Bd. XXX, S. 1—7). Ich führe Thatbestand und Begründung in Kürze an. Kläger hatten, zunächst im Einspruch und sodann im Wege der Klage, die Berichtigung der Gemeindewählerliste durch Aufnahme der in C. domizilirenden Fabrik X., Gesellschaft mit beschränkter Haftung, verlangt, weil sie juristische Persönlichkeit besitze, auch mehr als einer der drei höchstbesteuerten Einwohner an Gemeindesteuern entrichte. Mittelbar sei ihre Anerkennung als juristische Person vom O.V.Gerichte selbst schon dadurch erfolgt, daß es den Gewerbebetrieb solcher Gesellschaften in einen Gegensatz zu dem Gewerbebetriebe ihrer Mitglieder gestellt, diesem gegenüber für selbständig erklärt und die Antheile der Mitglieder an dem gesellschaftlichen Geschäftsgewinne als Einnahmen aus Kapitalvermögen beurtheilt habe. Anscheinend beziehen sich hiermit die Kläger auf ein Urtheil vom 12. März 1895 (Monatsschr. f. Aktienrecht 1895, S. 183 ff.). Die Klage wurde aber, wie schon vor dem Bezirksausschuß, so in der Berufungsinstanz abgewiesen. Die Wahlberechtigung müsse der Fabrik um deswillen abzusprechen sein, weil Gesellschaften mit beschränkter Haftung „außerhalb desjenigen Kreises der juristischen Personen stehen, der allein als durch die Städteordnung getroffen angesehen werden kann". Der Gerichtshof habe die Frage der rechtlichen Natur der Gesellschaft mit beschränkter Haftung schon in einem Falle zu entscheiden gehabt, „wo der Heranziehung einer solchen Gesellschaft zur städtischen Einkommensteuer nach dem G. v. 27. Juli 1885 die Annahme zu Grunde lag, daß die Gesellschaft den juristischen Personen zuzuzählen sei. In jenem Falle wurde auf Freistellung der Klägerin

erkannt von der Erwägung aus, daß die Frage, ob eine Gesellschaft als juristische Person steuerpflichtig sei, keineswegs nach der allgemeinen Auffassung über das Wesen der juristischen Personen, sondern nach der Rechtssprache des besonderen, die Quelle des streitigen Rechts bildenden Gesetzes zu beantworten sei." Habe nun aber das G. v. 27. Juli 1885 sogar die Aktiengesellschaften aus dem Kreise der von ihm betroffenen juristischen Personen ausgeschlossen, jene vielmehr in Gemeinschaft mit anderen, von der neueren Gesetzgebung als selbständige Rechtsträger geschaffenen Gebilden nur neben den juristischen Personen als einkommensteuerpflichtig hingestellt, so würde schon hiernach um so weniger die neue Gesellschaft mit beschränkter Haftung ihres „minder ausgeprägten kapitalistischen Charakters" wegen zu den juristischen Personen zu rechnen sein. Von ähnlicher Anschauung aus habe auch das Kommunalabgabengesetz vom 14. Juli 1893 die Gesellschaft mit beschränkter Haftung unter die der Gemeindeeinkommensteuer unterworfenen, ihr theilweise verwandten unpersönlichen Rechtsträger nicht aufgenommen, dagegen ihre Mitglieder als solche für steuerpflichtig erklärt. „Zu diesen Bestimmungen hätte der Gesetzgeber nicht gelangen können, wenn er die Gesellschaften mit beschränkter Haftung als juristische Personen angesehen hätte, so daß die bezügliche Frage, welche, als vermeintlich nur theoretischen Werth besitzend, in dem Gesetze vom 20. April 1892 offen gelassen war, durch die neuere Stellungnahme des Gesetzgebers auf kommunalsteuerlichem Gebiete — wäre es auch nur für dieses — als entschieden gelten kann. Bei dem engen Zusammenhange aber, in dem das Gemeindewahlrecht der juristischen Personen mit ihrer Gemeindesteuerpflicht steht, muß für das Gebiet des Wahlrechts dasselbe gelten, was auf dem des Steuerwesens Anerkennung gefunden hat. Der § 8 Abs. 2 der Städteordnung braucht das Wort „juristische Personen" in derselben Bedeutung, wie der § 4 Abs. 3 daselbst, und dieser verbindet damit keinen wesentlich anderen Sinn als die zu seinem Ausbau dienenden neuen Kommunalabgabengesetze."

Es ist nicht erforderlich, den weiteren Ausführungen des oberverwaltungsgerichtlichen Erkenntnisses zu folgen, in welchen die klägerische Behauptung einer durch die frühere Rechtsprechung geschehenen allgemeinen und vorbehaltslosen Anerkennung der juristischen Persönlichkeit der Gesellschaften mit beschränkter Haftung zurückgewiesen wird. Es mögen auch immerhin einzelne Aufstellungen der Begründung, so hinsichtlich der Parallele der Aktiengesellschaften und andere diskutabel und anfechtbar sein (vgl. dazu Neukamp a. a. O. S. 23 und Liebmann, Komm., 1899, S. 55). Die hier allein in Betracht kommende Seite der Frage berühren sie nicht. Der springende Punkt ist in dem vorstehend

mitgetheilten Auszuge klar und deutlich aufgehellt. Die Gesellschaft ist nicht im Sinne eines jeden und irgend eines Gesetzes, welches sich auf unpersönliche Rechtssubjekte bezieht, juristische Person. Aber sie kann es sein und ist es, insoweit aus dem besonderen Inhalte eines solchen Gesetzes geschlossen werden muß, daß seine Determination von „juristischer Person“ und die im R.G. vom 20. April 1892 den Gesellschaften mit beschränkter Haftung beigelegte „Rechtsfähigkeit“ sich deckende Begriffe sind. Ihre rechtliche Natur in dieser Hinsicht wird nicht „nach der allgemeinen Auffassung über das Wesen der juristischen Personen, sondern nach der Rechtssprache des besonderen, die Quelle des streitigen Rechtes bildenden Gesetzes“ bestimmt. Dieses Resultat stimmt vollkommen mit derjenigen Beobachtung überein, welche sich auch hier schon in früherem Zusammenhange ergeben hat. Korporation im Sinne des Art. 13 der preußischen Verfassung ist die Gesellschaft mit beschränkter Haftung nicht. Sicherlich aber ist sie juristische Person im Sinne der besonderen Amortisationsgesetze des Landesrechts. Zum Beweise dafür braucht man sich nicht auf die Vorverhandlungen in den gesetzgebenden Körperschaften bei Berathung des E.G. z. B.G.B. zu beziehen, wiewohl sie ohne diese Voraussetzung als völlig zweck- und gegenstandslos erscheinen müssen. Denn bei dem geschilderten Streit über den ursprünglichen Art. 49 Abs. 3 war jede Bezugnahme auf die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom Ueberfluß, wenn ihre Nichtzugehörigkeit zu den juristischen Personen im Sinne der Amortisationsgesetze ohnehin außer Frage stand. Der Beweis ist aus der Sache selbst zu führen. Aber dieser ist nicht schwer.

Immer und überall hat sich der Kreis der den Amortisationsgesetzen unterstellten juristischen Personen nicht nach irgend welchen öffentlich rechtlichen Merkmalen oder Privilegien, sondern allein durch die Thatsache ihrer privatrechtlichen Vermögensfähigkeit bestimmt. Wo eine rechtliche Möglichkeit des Erwerbes überhaupt nicht bestand, bedurfte es an und für sich der Erwerbsbeschränkungen nicht. Was an anderen rechtlichen Eigenschaften vorhanden war, blieb für die Aufstellung solcher Beschränkungen außer Betracht. Eben daher finden sich in den alten und neuen Amortisationsgesetzen alle nur erdenklichen Arten von Rechtssubjekten ungeachtet ihrer sonstigen durchgreifenden Verschiedenheiten in bunter Musterkarte neben einander gestellt, neben die mannigfaltigsten Rechtsgebilde der todten Hand in einem Federzug alle „weltlichen Korporationen und sonstigen juristischen Personen“. Ein Mehreres und Anderes als Vermögensfähigkeit war durch Sinn und Zweck der Amortisationsgesetze nicht erfordert. So auch in Preußen. Mit dem Edikt vom 21. Juni 1753 nahm hier die Amortisationsgesetzgebung ihren allgemeinen

Anfang für „Klöster, Stifter, Kirchen und andere pia corpora". In den landrechtlichen Erwerbsbeschränkungen von 1794 bezog sie sich auf „Kirchen- und geistliche Gesellschaften" in dem besonderen Sinne dieses Gesetzbuchs. Mit der Kabinetsordre vom 13. Mai 1833 betrat sie zum ersten Mal den prinzipiell allein gerechtfertigten Weg der Ausdehnung auf alle „Anstalten und Gesellschaften" kirchlicher oder weltlicher Provenienz. In dem Gesetze vom 23. Februar 1870 behauptete sie sich aller Widersprüche ungeachtet für „Korporationen und andere juristische Personen" ohne Unterschied von Ursprung, Zweckbestimmung und rechtlicher Organisation. Endlich aber haben auch die an Stelle des letztgenannten Gesetzes getretenen Bestimmungen des preußischen A.G. z. B.G.B. eine sachliche Aenderung in dem Begriffe der den Erwerbsbeschränkungen unterworfenen „juristischen Personen" nicht herbeigeführt (zu vgl. Begründung S. 8—11). Juristische Personen im Sinne „dieses" Gesetzes sind nach wie vor alle Personenvereine und Anstalten mit Vermögensfähigkeit. Daher auch die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, welche nach § 13 des R.G. v. 20. April 1892 „als solche selbständig ihre Rechte und Pflichten hat, Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden kann". Wenn ferner Laband in seinen lehrreichen Ausführungen zur Dogmatik der Handelsgesellschaften (Goldschmidts Ztschr. f. d. g. H.R. Bd. XXX S. 498 ff.) die Entscheidung über die juristische Persönlichkeit eines Vereins wesentlich in die Nichthaftung der Mitglieder für die Vereinsschulden verlegt, so besitzt nach einer ihrer charakteristischen Eigenschaften die hier in Frage stehende Handelsgesellschaft auch dieses Merkmal in besonders zweifelsfreier Weise, da Abs. 2 l. c. bestimmt: „Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet den Gläubigern derselben nur das Gesellschaftsvermögen." Die Möglichkeit einer Namensfirma kann auf die Annahme der juristischen Persönlichkeit so wenig von Einfluß sein, als der für die autonomische Regelung der inneren Gesellschaftsverhältnisse gewährte breite Raum. Durch beides wird die rechtliche Natur der Gesellschaft als eines von den Mitgliedern losgelösten Rechtssubjektes mit selbständiger Vermögensfähigkeit in keiner Weise berührt. Ihre öffentlich rechtliche Stellung andererseits im Gebiete von Strafrecht und Strafprozeß kommt für die Frage der Anwendbarkeit der Amortisationsgesetze überhaupt nicht in Betracht. Welche Verschiedenheiten weisen in dieser Beziehung allein die den Erwerbsbeschränkungen unterstellten kirchlichen Rechtssubjekte, die als öffentliche Korporationen privilegirten Kirchengesellschaften und die lediglich konzessionirten Religionsgesellschaften, auf. Aber nicht diese Verschiedenheiten im Gebiete des öffentlichen Rechts, sondern allein die Gemeinsamkeit

ihrer privatrechtlichen Stellung hinsichtlich der Vermögensfähigkeit ist für die Verpflichtung beider unter die Amortisationsgesetze entscheidend. Das Anerkenntniß der juristischen Persönlichkeit der Gesellschaft mit beschränkter Haftung in allen privatrechtlichen Verhältnissen ist aber gegenwärtig, soweit ich sehe, ungetheilt (Parisius-Crüger, Komm., 2. Aufl. 1898, S. 99 f. und die dort Genannten). Wenn einige Kommentatoren meinen, der Gesetzgeber habe die Frage zu entscheiden abgelehnt, das Gesetz aber habe sie bejahend entschieden, so trifft dies wenigstens für das privatrechtliche Gebiet vollkommen zu.

Die Anwendbarkeit der Amortisationsgesetze an sich halte ich damit für ausreichend erwiesen. Eine andere Frage ist die nach Art und Maß. Hierüber entscheiden gegenwärtig in Preußen die Artikel 6 und 7 des A.G. z. B.G.B. In letzterem hat der viel umstrittene Vorbehalt zu Gunsten der juristischen Personen reichsrechtlichen Ursprungs seine Stelle gefunden. An ihm sind auch die Gesellschaften mit beschränkter Haftung betheiligt. Sie bedürfen, soweit sie in Preußen ihren Sitz haben, nach § 1 Abs. 2 Art. 7 zum Erwerbe von Grundstücken auch im Werthe von mehr als 5000 M. nicht der Genehmigung der staatlichen Aufsichtsbehörde, weil ihre „Rechtsfähigkeit auf einem neben dem Bürgerlichen Gesetzbuche bestehenden Reichsgesetze beruht". Dagegen unterliegen auch sie den Erwerbsbeschränkungen des Art. 6 § 1: „Schenkungen oder Zuwendungen von Todeswegen an juristische Personen bedürfen zu ihrer Wirksamkeit ihrem vollen Betrage nach der Genehmigung des Königs oder der durch Kgl. Verordnung bestimmten Behörde, wenn sie Gegenstände im Werthe von mehr als 5000 M. betreffen. Wiederkehrende Leistungen werden mit 4 vom Hundert zu Kapital berechnet." Auf diesen Fall bezieht sich der Vorbehalt zu Gunsten der reichsrechtlichen juristischen Personen nicht. Entsprechend den Traditionen der preußischen Amortisationsgesetzgebung seit 1833 unterscheidet auch das Ausführungsgesetz von 1899 nicht nach den Gegenständen, sondern nach dem Titel des Erwerbs. Der entgeltliche Grunderwerb der inländischen Gesellschaften mit beschränkter Haftung bedarf ohne Unterschied des Werthbetrages nicht der staatlichen Genehmigung. Dagegen ist jeder unentgeltliche Erwerb von Mobilien oder Immobilien über den Werth der pragmatischen Summe hinaus an Königliche oder behördliche Genehmigung geknüpft. Daß Art. 6 § 1 auch den Erwerb von unbeweglichen Gegenständen der Genehmigung unterstellt, ergiebt sich, von dem Wortlaute des Gesetzes abgesehen, auch aus Art. 7 § 3, wonach die in den vorhergegangenen §§ „vorgeschriebene Genehmigung nicht erforderlich ist zu einem Erwerbe, der auf Grund einer nach Maßgabe des Art. 6 genehmigten Schenkung oder Zuwendung

von Todeswegen erfolgt". Die Bestimmung hat mit Rücksicht auf Zweifel, welche gegenüber § 50 Abs. 2 des G. v. 20. Juni 1875 und Art. 25 des G. v. 3. Juni 1875 in der Praxis hervorgetreten sind, das Verhältniß zwischen den Vorschriften des Art. 6 und denen des Art. 7 ausdrücklich klar gestellt (Begründung S. 11). Diese Deckung einer nach Art. 7 erforderlichen Genehmigung zum Erwerbe von Grundeigenthum durch eine nach Art. 6 ertheilte Genehmigung zur Annahme von Schenkungen oder Zuwendungen von Todeswegen wäre ausgeschlossen, würde nicht die in letzterem vorbehaltene Genehmigung auch auf den Immobiliarerwerb ex titulo lucrativo zu erstrecken sein.

Der Kreis der zur Sache gehörigen Rechtsfragen ist mit diesen Ausführungen im Wesentlichen geschlossen. Die Anwendung der zuletzt besprochenen Mittel der Staatsaufsicht überhaupt sowie ihre mehr oder minder strenge Handhabung im einzelnen Falle sind bereits Fragen der Zweckmäßigkeit. Damit ist die Erörterung an das Grenzgebiet der politischen Erwägungen gelangt, vor welchem sie Halt machen will. Ueber die Verwerthung der rechtlichen Ergebnisse für die Ordenspolitik daher nur ein kurz abschließendes Wort. Die Aufgabe des Staates liegt klar: der Widerspruch zwischen den bestimmten Absichten der preußischen Verfassung und der durch die Reichsgesetzgebung ermöglichten Thatsache ihrer objektiven Umgehung ist zu beseitigen. Wiewohl formell nicht zu beanstanden, stellt dieser Thatbestand doch eine fortgesetzte Verletzung der Verfassungsautorität und des Rechtsbewußtseins dar. Den Konflikt radikal zu lösen, könnte an die Aufhebung des Art. 13 in Ansehung der geistlichen Gesellschaften zu denken sein. Aber eine solche Kapitulation des Staatsgrundgesetzes wird aus vielen und wichtigen Gründen nicht ernsthaft empfohlen werden dürfen. Gegentheilig wird die Verfassungsbestimmung von Neuem zu beleben sein. Der Grund ihrer Umgehung liegt wesentlich darin, daß sie todter Buchstabe geblieben war. Damit ist der Kernpunkt der politischen Frage angerührt. Das Staatsinteresse fordert zweierlei. Daß einerseits in der Zulassung von Orden und ordensähnlichen Kongregationen sowie in der Genehmigung von einzelnen Niederlassungen geistlicher Gesellschaften die äußerste Beschränkung und Zurückhaltung beobachtet, daß andererseits solchen geistlichen Gesellschaften, welche ein zweifellos vorhandenes religiöses oder allgemein humanitäres Bedürfniß wirklich zu befriedigen wissen, der Besitz von Korporationsrechten nicht vorenthalten werde. Jenes ist eine Forderung der staatlichen Wohlfahrts-, Paritäts- und Friedenspflege, welche in Jahrhunderte alter Erfahrung ihre Begründung und Rechtfertigung findet. Dieses ist aus schon früher entwickelten Rücksichten eine Forde-

rung der Gerechtigkeit und Billigkeit, nachdem geistliche Gesellschaften in Preußen durch Eintragung die Rechtsfähigkeit nicht zu erlangen vermögen. Es ist zugleich eine vorsehende Maßregel der Kirchenhoheit, indem sie die geistlichen Gesellschaften durch Verleihung der Korporationsrechte der unmittelbaren staatlichen Aufsicht näher rückt. Auf eine kurze Formel gebracht würde der Grundsatz einer solchen Ordenspolitik etwa lauten müssen: keine Zulassung einer geistlichen Gesellschaft im Ganzen oder in einzelnen Organisationen, welche nicht zugleich der bürgerlichen Gesellschaft dergestalt nützlich und dem Staate dergestalt unverdächtig ist, daß ihr unbedenklich die Korporationsrechte im Wege der Gesetzgebung zugestanden werden können. Der früher gelegentlich erhobene und schon immer unbegründete Einwand, die Ertheilung von Korporationsrechten an geistliche Gesellschaften durch Spezialgesetze sei aus Rechtsgründen zurückzustellen bis zum Erlasse des in Art. 31 der Verfassung vorbehaltenen Korporationsgesetzes, ist gegenwärtig verbraucht. Dieses Gesetz wird niemals mehr ergehen. Durch das neue Recht ist eine neue Lage der Dinge auch für die Politik geschaffen. Ihr auf allen Gebieten Rechnung zu tragen, ist eine unabweisbare staatliche Pflicht. Nicht zum wenigsten endlich auch für die Reichspolitik, soweit ihr eine Sorge um das Ordenswesen zukommt. Sie wird sich der Wiederzulassung des Ordens der Gesellschaft Jesu tausendmal bedenken müssen, wenn sie sich die Möglichkeit vor Augen stellt, daß seine Mitglieder unter der Firma von Gesellschaften mit beschränkter Haftung die Mittel bereit zu stellen wissen, den ungern unterbrochenen Kampf mit neuen Kräften aufzunehmen.

Josef Kohler.

Das germanische Notherbrecht und seine Geschichte in den Coutumes.

---

§ 1.

Die Mitternachtsstunde, welche das Jahr 1900 anhebt, eröffnet eine neue Periode unseres Rechtes, und mit frischer Hoffnung schauen wir in eine reiche Zukunft; ist doch errungen, was wir seit fast 30 Jahren erstrebt haben. Allerdings fällt damit manches Alte und Vertraute in das Dunkel der Geschichte, was man nur mit einiger Wehmuth scheiden sieht. Dahin gehört für den rheinischen Juristen vor allem der Code civil. Es ist nicht das fremdländische Gesetzbuch, das wir bedauern; erinnert es uns doch als solches an die Zeit der deutschen Schmach und Erniedrigung; allein mit dem Code civil wird nicht nur ein guter Theil Naturrecht, mit ihm wird vor allem ein Theil deutschen Rechtes zu Grabe getragen. Denn wer den Code civil historisch erfaßt — und Aufgabe des Deutschen war es, ihn so zu erfassen, obgleich es Zachariä nicht gethan hat, — mußte in ihm stets die deutlichen Spuren germanischer Rechtsideen entdecken, und wer den Weg der Geschichte von Beaumanoir durch die Stadt- und Landrechte hindurch bis zum Code civil durchwandert hat, der sieht überall das deutsche Recht in üppiger strotzender Fülle; üppiger und reiner, als in den deutschen Landen selbst; denn da man das römische Recht mehr oder minder dem Pays du droit écrit überließ und da man eben dieses römische Recht früher in seinem eigenen Wesen verstehen lernte, als in Deutschland, so wußte man die romanistische Einwirkung besser abzuwehren, als bei uns.

Eines der deutschrechtlichen Institute, das mit dem 1. Januar 1900 außer Kraft tritt, ist das Institut des Erbvorbehaltes, das man in Frankreich réserve coutumière nennt; es ist das Institut, das im germanischen Rechte bestimmt war, die Postulate zu erfüllen, die im römischen Recht durch den Pflichttheil gedeckt werden sollten. Eigenartig und urgermanisch hat es sich aus dem Gedanken des einheitlichen Familiengutes entwickelt; mehr oder minder hat es seine ursprüngliche Eigenart abgelegt und sich modernisirt, indem es sich dadurch befähigte, den Erwartungen einer aufstrebenden Kultur zu genügen.

Die Entwickelung war keine einheitliche, sondern eine höchst mannigfaltige; es zeigte sich darin die ganze Fülle des deutschen Geistes, aber allerdings auch die Schwäche einer Zeit, die in Frankreich eine privatrechtliche, in Deutschland zugleich eine politische Zerfahrenheit zeitigte, wo jedes Rechtsgebiet sich in seinen Sonderheiten völlig auslebte und die partikulären Eigenheiten kein Zugeständniß machen wollten zu Gunsten der Wohlfahrt des Ganzen. In dieser Entwickelung hatte das Institut eine wechselnde Geschichte. Die einen Rechte entfalteten es zu historischer Größe, in den anderen verkümmerte es; und wie in vielem, so war es auch hier das Pariser Stadtrecht, welches dem Institut den Todeskeim einpflanzte, während es in der frischen Luft der Normandie und in den flandrischen Gauen üppig und mächtig gedieh.

Ihm erwuchs in der römischen legitima eine wichtige Wettbewerberin, die sich überall da einzuschleichen wußte, wo das Institut versagte und seine Aufgabe nicht zu erfüllen vermochte.

So lag ein reiches Material vor, als man vor nicht ganz 100 Jahren in so erstaunlich kurzer Zeit den Code civil schuf. Man hätte erwarten können, daß das römische Recht überwog: das Pariser Stadtrecht gab ihm die Hand und Pothier begünstigte es. Allein gegen alle Erwartung hat das deutsche Institut obgesiegt. Es war ihm hiermit auch in deutschen Landen, in den Gebieten des rheinischen Rechtes, noch fast ein Jahrhundert gegönnt; mit dem Glockenschlag, der das Jahr 1900 einleitet, sinkt es für uns in das Grab der Vergangenheit.

Eine historische Darstellung dieses Institutes zu geben, ist im jetzigen Momente besonders angezeigt: was unsterblich im Gesang soll leben, das muß im Leben untergehn; und die historische Darstellung hebt an, wo die Gegenwart von uns scheidet.

Ich erfülle damit eine lange Schuld. Im Jahre 1875 erschien von mir in der Zeitschrift für französisches Civilrecht V S. 378—463 eine Erstlingsarbeit über den beschränkten Freitheil des zweiten Ehegatten. Sie handelte nicht speziell vom Erbvorbehalt, aber die Darstellung der Rechte des zweiten Ehegatten, im Gegensatz zu den Rechten der Kinder, mußte von selbst zu einer kurzen Charakteristik der réserve coutumière und ihres Verhältnisses zur legitima führen; war dies doch präjudiziell für die Erfassung des Rechtes oder vielmehr der Rechtsbeschränkung, welche das französische Recht, gemäß dem Edit des secondes noces, dem zweiten Ehegatten zu Theil werden ließ. Die Darstellung war eine kurze, auch stand mir damals natürlich noch nicht das volle Quellenmaterial zu Gebote. Die Grundgedanken aber, und namentlich die dogmatische Fassung des Institutes und seine Charakteristik war sicher

richtig; ich vertrete sie heutzutage noch, und die scharfe Entgegensetzung des germanischen und römischen Rechtes, die ich damals gab, hat gewiß dazu beigetragen, die Frage auch für den deutschen Gesetzgeber zu klären.

Immerhin übernahm ich damals die Aufgabe, dem Institut eine ausführlichere Darstellung zu widmen, und dies war einer der Gründe, warum ich jenen Aufsatz nicht in die Gesammelten Abhandlungen übernahm. Ich gebe sie hier und möchte gerne, daß diese historische Studie die Billigung unseres Jubilars finde, der, wie ich, in der Jugend dem französischen Rechte so nahe stand; denn ihn muß, wie mich, das rheinische Recht anmuthen, wie ein Klang aus fernen Tagen, wie eine Erinnerung an aufstrebende jugendliche Zeiten — — —

§ 2.

Der Erbvorbehalt ist also germanisch.[1] Er entspringt dem Gedanken des Familiengutes und Familieneigens, der das germanische Recht erfüllt und der das Beispruchsrecht und die Erblosung gezeitigt hat. Das Vermögen ist nicht ein Vermögen des Einzelnen, es ist auch nicht ein Vermögen des Hausvaters, es ist ein Vermögen der Familie. Der Hausvater verwaltet es nur als Organ dieser Familie, als Träger der Familieninteressen. Er ist daher bei Veräußerungen regelmäßig an die Zustimmung der Familie gebunden; und holt er diese nicht ein, so hat man einen Rückruf von Seiten der Familie zu gewärtigen. Dies ist der Gedanke, der den Urkundenstil und das Urkundenleben in Frankreich durchzieht, von dem Momente an, wo sich die Urkundenschätze eröffnen, bis tief in das 12. und 13. Jahrhundert hinein.

Und zwar finden wir dies in allen Theilen Frankreichs. Im Süden, in der Mitte, im Norden, im Osten und Westen. Man hat hier von gallischer Eigenart gesprochen, man hat die Entwickelung dem keltischen Rechte anzureihen versucht. Das mag theilweise richtig sein; allein das keltische Recht folgte, wie das germanische, nur eben den Grundsätzen des indogermanischen Rechtes; denn die Gesammtfamilie mit Gesammtrecht und Gesammteigen ist urindogermanisch, während die römische Gestaltung, mit ihrer Tyrannei des Familienvaters, nur ein vereinzeltes

---

1) Ueber das germanische Notherbrecht geben die meisten Lehrbücher des deutschen Privatrechts nur höchst Unvollkommnes; so Stobbe § 305, dem der prinzipielle Charakter und der großartige Zug des germanischen Notherbrechts ganz fremd bleibt; besser Heusler, Institutionen II S. 608f., namentlich aber Gewere S. 43f.; Ficker, Erbenfolge III 2 S. 276f. kommt, wo er auf unsere Fragen eingeht, meist zu unrichtigen Resultaten.

Zerrbild des uralten arischen Gedankens ist. Aber jedenfalls hat hier das germanische Recht, das Recht der Gothen, Burgunder, Franken und Normannen auch seine Triebkraft entwickelt, und es mußte zum gleichen Systeme führen; das einheimische keltische Recht konnte hier, wie in der Gütergemeinschaft, nur dazu dienen, daß sich die germanischen Ideen befestigten und im Kampfe mit der römischen Gesellschaft und mit dem römischen Rechtsleben siegreich blieben. Und so finden wir denn die Idee des Familiengutes nicht nur im Norden, wir finden sie mit ganz besonderer Zähigkeit in den Ländern, die man als die Länder des geschriebenen Rechtes zu bezeichnen pflegt.

Die französischen Urkunden zeigen uns fast durchgängig bei den Uebertragungserklärungen folgendes Bild: der Veräußerer tritt in der Veräußerung aus seiner Familie heraus; er hat seine Familie hinter sich und fürchtet ihr Eingreifen; er sucht darum das Recht des Erwerbers durch irgend welche rechtlichen Hilfsmittel der Anfechtung der Familie zu entziehen. Dies geschieht in verschiedener Weise.

a) Die Sicherung gegen die Familie erfolgt dadurch, daß man die künftigen Erben selbst zum Rechtsgeschäft hinzuzieht. Hier tritt der Gedanke des Familiengutes am klarsten hervor, indem der Vater mit Frau und Kindern zusammen als handelnd auftritt.

So im Cartular v. S. Victor in Marseille nr. 36 (11. Jahrh.):

Ego E . . . et due sorores mee, et alter E. consobrinus meus cum duabus sororibus suis et Silvester consobrinus noster cum duabus sororibus suis vendimus . . . .

So in Carcassone 1141[2]:

Ego . . . et fratres mei B. et A. donamus.

So im Cartulaire der Kathedrale von Grenoble (Cart. von S. Hugues), Urkunde vom 10./2. 1110 nr. 80:

Ego . . . et uxor mea . . et infantes mei vendimus (es handelt sich um ein Gut, das von der Frau herrührt).

b) Oder es veräußert der Hausvater, aber die Hausmitglieder treten billigend ein.[3]

So im Cartulaire von Grenoble 11./6. 1108 nr. 58:

reddidi et donavi . . . Et hoc laudaverunt fratres mei (es handelt sich um einen Kauf, denn der Empfänger zahlt 50 sol.);

so ebenda 1100 nr. 112:

Ego . . . . reddidi Deo et beate Marie . . . . omnem meam

2) Cartulaire et archives de Carcassone V p. 310.

3) Nach der bekannten Form: cum consensu propinquorum meorum: sicut nostris amicis placuit etc.; vgl. Zimmerle, Stammgutssystem S. 124 f.

decimam, quam ego habebam .... Hoc laudavit filius meus Odo et ceteri filii mei et uxor mea.

Sehr bezeichnend ist es in dieser Hinsicht, wenn in einer Urkunde vom 10./5. 844 im Cartular von Redon (nr. 112) den Verwandten, offenbar für diese Zustimmung, ein Theil des Kaufpreises zugewendet wird:

Unde accipi a te precium .... hoc est sol. VIII et den. VI et ad propinquos meos sol. IV et den. I.

Ebenso in einer Urkunde aus Anjou v. 1114 (Bibl. de l'école des chartes XXXVI p. 424): der Sohn Buccardus bekommt 6 denarii pro concessione.

Ebenso wird uns aus Bayonne bezeugt, daß in den dortigen Urkunden die Verwandten zu den Veräußerungen hinzuzutreten pflegten (Balasque, Etudes historiques sur la ville de Bayonne II pag. 286).

c) Eine weitere Art der Sicherung, einen Versuch, dem Rechte der Erben zu entgehen, zeigen die Straf- und Verfluchungsklauseln: die Klauseln, die gegen Jeden gerichtet sind, welcher die Veräußerung anzufechten wage; ein Kunstmittel, das sich in merkwürdiger Uebereinstimmung im Orient und im Occident findet. Die Tafeln, die man aus den Zeiten des assyrischen und babylonischen Reiches in Mesopotamien ausgräbt, zeigen uns denselben Typus, wie die französischen Urkunden in den Pergamenten des 9. bis 12. Jahrhunderts.

So Urkunden im Norden Frankreichs im Cartular von Redon:

Urkunde von 833 nr. 231:

si quis vero ... aut ego ipsa aut ullus de coheredibus vel propinquis meis seu quelibet et missa (alia?) persona, quae contra hanc donationem venire vel calumniam generare presumpserit, duplum tantum, quantum ista continet, multa componat et, quod repetit, non vindicet.

Also das duplum![4]

Oder eine bestimmte Strafsumme; so 6./6. 827 nr. 252 (Cartular von Redon):

si fuerit aut ego ipse aut ullus de coheredibus meis vel quislibet alia persona, qui contra hanc vendicionem aliqua calumnia vel repeticionem generare presumpserit, illud, quod repetit, non vindicet et insuper contra cui litem intulerit, solidos C componat.

Ebenso häufig in den Urkunden der Languedoc; so Urkunde vom 27./12. 1067 (Vaissete V nr. 283):

4) Vgl. lex Alemann. und lex Bajuw. I 1 und 2 und die Formeln bei Zeumer S. 80, 203, 247, 345f. Ob im duplum bereits Römisches Recht steckt? Vgl. Petri Except. I 61 (c. 46 § 7 de episc. et cler.).

qui hoc vobis voluerit disrumpere . . ., nullo modo possit facere, sed pro sola presumptione in duplo vobis totum componat.

Aehnlich nr. 37, 39, 598. Vgl. auch die Urkunde v. 971 (Bibl. de l'école des chartes XXXVI p. 442): Ersatz der Ameliorationem.

So im Cartular von S. Victor in Marseille 11. Jahrh. nr. 36:

si quis de heredibus nostris vel aliqua persona hanc nostram venditionem irrumpere voluerit, non valeat assequi, quod male appetit, sed cogatur . . . . monachis duodecim libras auri purissimi exsolvere . . . . .

So Urkunde im Cartulaire der Abtei Conques in Rouergue (Docum. hist. de la Soc. de l'Ecole des chartes) vom Februar 801 nr. 1:

si ego forsitan . . . aut alii heredes mei . . . . contra donationem istam ire aut agere voluerit, ei non liceat, sed componat . . . auri libra una et hoc, quod repetit, vindicare non valeat;

ferner ib. nr. 144 von 910: si quis, ego ipse . . . aut ullus de haeredibus . . . contra hanc carta . . . ire . . . presumpserit, nullatenus vindicet, sed insuper componat . . . tantum et alium tantum, quam ipsa vinea . . . valere potuerit.

Aehnlich Urkunden in dem Cartular von S. Vincent de Macon: so zwischen 892 und 923 nr. 305:

dono ad ipsam casam Dei . . . . curtilum unum . . . . Si quis hoc calumniaverit, auri unciam componat.

So von 954—986 nr. 306:

si quis contradixerit, libram auri componat.

So in Poitou (S. Maixent) vom 10. Jahrh., Archives de l'histoire de Poitou XVI nr. 63:

si quis vero . . . post obitum nostrum ullus heres aut propincus . . . contra cessionis donationem venire voluerit . . . . . ., qui litem intulerit, fisci auri libras C argenti mille coactus exsolvat.[5]

So in Limousin das Cartular von Beaulieu, Mai 841 nr. 20:

illud, quod repetit, non vindicet, contra vero, cui litem intulerit, componat solidos tres mille, et hac venditio . . . . maneat inconvulsa . .

---

5) Wie sich Orient und Occident berühren, davon will ich nur ein Beispiel geben. In einer Urkunde aus dem 5. Jahre des Nabonid, also schlankweg 550 Jahre v. Chr., heißt es: „Rückforderungsklage wird nicht sein, nicht werden sie sich umwenden, wider einander werden sie nicht klagen. Wann immer von den Brüdern, Söhnen, Verwandten männlicher und weiblicher Linie . . . wer da klagt: „dieses Feld ist nicht gegeben, das Geld nicht empfangen worden“, der Zugrechtausübende wird das Geld sammt 12 (von 60) zurückgeben.“ — Uebersetzung von Peiser in der Schraderschen Sammlung assyr.-babyl. Texte IV Seite 225.

Oder es wird der Fluch ausgesprochen über jeden, der es wage, an der Uebertragung zu rütteln; vgl. lex Alem. Bajuw. l. c., Formeln bei Zeumer S. 73, 78. So Urkunde von 989 aus der Languedoc (Vaissete nr. 147):

quicumque temptaverit, iram Dei incurrat.

So im Cartular von S. Victor in Marseille nr. 36 (11. Jahrh.)

iram Dei incurrat perpetuumque supplicium sine fine luat; ähnlich 37, 39 (11. Jahrh.), 598 von 970.

So nr. 834 von 1058:

insuper dampnetur in inferno inferiore cum Juda traditore, nisi penituerit digna satisfactione ....

So Urkunde im Cartular von Macon zwischen 1031 und 1062 nr. 483: si quis requirere aut S. Vicentio ... in futurum voluerit calumniare, ... non valeat adimplere vel proficere, sed pro ipsa presumptione subjaceat maledictioni eterne ...

So Urkunde in Poitou (S. Maixent) in den Archives de l'Hist. de Poitou XVI nr. 64 aus dem 10. Jahrh.:

si aliquis contra hanc donationem surrexerit, maledictus a Deo omnipotente sit;

ebenda XVI nr. 63: si quis vero ... post obitum nostrum ullus heres aut propincus .... contra cessionis donationem venire voluerit aut eam infringere temptaverit, inprimis iram Dei omnipotentis perpetueque virginis Marie cum omnibus sanctis incurrat et sub Dei maledictione in eternum .... pereat confusus sine recuperatione, et in die judicii excommunicatus appareat ... sub anathemate pereat in eternum retrusus in inferno.

So im Cartular von Savigny (bei Lyon) 18./10. 959 nr. 131:

iram dei incurrat, omnibus maledictionibus, quae in libris divinis continentur, subjaceat ...

So im Cartular von Aisnay zwischen 1022 und 1032 nr. 119:

sit anatematizatus et dampnatus cum Datan et Abiron et cum Juda traditore Domini, et insuper persolvat ... auri libras V.

Oder es wird einfach die repetitio verneint; so Urkunde aus der Languedoc vom Juli 1040 (Vaissete nr. 217):

De repetitione vero si quis, ego B aut ullus de haeredibus meis, contra hanc cartam venditione ista inquietare praesumpserit, non habeat potestatem faciendi, sed stabilis et firma maneat omni tempore.

Und so in unzähligen Urkunden; dies würde noch mehr hervortreten, wenn es nicht häufig den Herausgebern, wie z. B. Vaissete, be-

liebte, solche Dinge mit einem einfachen „etc." abzufertigen; ein Gebrauch, dem nicht genug entgegengetreten werden kann.

§ 3.

Der Erbvorbehalt kann sich auf das ganze Vermögen des Hausvaters beziehen, und dies ist wohl das ursprüngliche: es ist ein uralter indogermanischer Gedanke, daß, was im Kreise der Familie erworben wird, der Familie gehört. Aber, wie in anderen arischen Rechten, so findet sich auch bei uns bald eine Sonderung zwischen angeerbtem Familiengut und Errungenschaft. Was ein Familienmitglied, was insbesondere der Hausvater erworben hat, steht seiner Persönlichkeit näher: diese Persönlichkeit stellt sich zwischen das Gut und die Familie, und man gestattet ihr mehr oder minder eine frei Verfügung. Und so beschränkt sich der Gedanke des Familieneigens allmählich auf das Familiengut im engeren Sinne. Diese Entwicklung tritt vielfach im Urkundenleben hervor; vielfach wird erwähnt, daß eine Liegenschaft, die man veräußert, nicht angeerbt, sondern erworben ist; es wird dies ausdrücklich hervorgehoben, um die Veräußerung als eine berechtigte und unanfechtbare erscheinen zu lassen,[6] wenn es auch begreiflich ist, daß selbst hier der Urkundenstil häufig zur gewohnten Kautel griff und man sich der Zustimmung der Erben in der einen oder anderen Weise versicherte.

Und so hat sehr bald, in der gewohnheitsrechtlichen Entwicklung, der Unterschied zwischen Erbgut und Errungenschaft das Rechtsleben beherrscht. Erbvorbehalt wie Erblosung pflegte man nur gegenüber dem Erbgute zu entwickeln: Errungenschaft und Fahrniß wurde der Veräußerung des Individuums mehr oder minder freigegeben.[7] Erbgut aber war das angeerbte liegenschaftliche Vermögen, und zwar finden wir hier eine verschiedene Entwicklung. In den Rechten des Nordens genügte ein einmaliger Erbgang vom Vater auf den Sohn, um die Liegenschaft zum Erbgute zu machen. Nach anderen Rechten, namentlich im Süden, war eine zweimalige Vererbung erforderlich, und zwar vielfach eine zweimalige

---

6) Vgl. Urkunde in Cartular von Savigny von 959 nr. 131: cedo aliquid ex rebus meis, quae mihi ex legali conquisto advenerunt; Urkunde aus Anjou von 1114 (Bibl. de l'école des chartes XXXVI p. 424): quae praedicta terra de emptione et adquisitione fuerat et, cui ipsi voluissent, eam libere vel quiete dare aut dimittere potuissent ... Vgl. auch lex Burgund. I 1.

7) Man denke an das analoge Erbgütersystem im Hamburger und Lübischen Rechte (vor den Gesetzen von 1861 u. 1862).

Vererbung in absteigender Linie: ein Uebergang vom Großvater auf den Enkel durch den Sohn hindurch. Das Erbvermögen mußte bonum avitum sein; die Erbgüter hießen biens avitins, biens papoaux.

So hat sich der Gedanke der Familieneinheit mit besonderer Lebhaftigkeit in einigen Rechten des äußersten Südens wie des äußersten Nordens, des gemischt gallisch-germanischen Rechtslebens erhalten. Wir finden ihn nirgends klarer entwickelt, als in Bayonne und in der Béarn, nirgends klarer als in Artois. Hierauf muß ich zunächst eingehen. Allerdings mögen im Süden einige Eigenheiten des pyrenäischen Rechtsgebrauchs mit unterlaufen sein, worauf vielleicht die besondere Art des dortigen Erstgeburtsrechts beruht; im Allgemeinen sind es die Züge des germanischen, hier des gothischen Lebens, die uns entgegentreten.

Im Stadtrecht von Bayonne (um 1273)[8] ist Erbgut, papounage, eine Liegenschaft, die vom Großvater (papon) her bis zum Enkel gelangt und so abwärts zweimal in Erbgang gekommen ist:

quent le conqueste aquere es descendude et aberade a emfantz daquetz assi qui lo principiau conquestedor sie papon dous emfantz, labetz es le conqueste aquere de linhadge, non pas quent conqueste es de pay et de may (ch. LXXXV 1).

Ebenso LXXIII: tote heretat es de linhadge qui per tres successions directes feytes continuadementz de papon o davang en batz passe le terre jolhade et da dret de heretar cum de linadge.[9]

Nicht genügen konnte es, wenn die Liegenschaft vom Vater auf den Sohn und vom Sohn auf den Bruder übergegangen war. (Ebenda.)

Ueber ein solches Erbgut nun konnte man nicht ohne Zustimmung des nächsten Erben testamentarisch verfügen:

ch. LXX a. 1: les causes qui bienen de papon o davant no pot ordenar chetz (= ohne) voluntat dou prim.

Der nächste Erbe war der prim, der prim torner, und solches war der älteste Sohn, und wenn kein Sohn vorhanden, der Vatersbrudersohn oder Muttersbrudersohn.

Doch stand es dem Vater, wenn er mehrere Kinder hatte, zu, diese Erbgüter beliebig unter die Kinder zu vertheilen:

---

8) Bei Balasque Etudes historiques sur la ville de Bayonne II p. 594 ff.

9) So auch Marsan, Successions a. 5 (B. de R. IV p. 908): sont des biens avitins, quand seront passez par deux successions et viendront à la troisiesme, supposé que lesdites successions (ne) vinssent de l'ayeul au fils et du fils au neveu en descendant; ains vinssent par ligne collaterale, comme de frere à frere.

ch. LXXIII a. 1: Pay et may qui han heretatz de linhadge, so es assaber de papon o davant .... les poden dar et partir enter los emfantz, acuy meis et acuy meinchs, o dar a lun tot.

Ausgenommen war nur der lar, das Familienhaus, das nach uraltem Herkommen unbedingt dem Aeltesten zukam.

Eine entgeltliche Verfügung über das Erbgut unter Lebenden unterlag der Erblosung, welcher man aber dadurch zu entgehen suchte, daß man dem Losungsberechtigten die Sache zum Kaufe anbot und 9 Tage wartete, ob er eintreten wolle. Doch gingen Erblosung und Erbgut nicht immer Hand in Hand: die Erblosung erfolgte auch bei Gütern, die nicht papounage waren: es genügte, daß man das Gut vom Vater erworben hatte; dann unterlag es der Erblosung der Geschwister, aber auch nur dieser;

ch. XCI a. 1: Qui fons de terre aura de conqueste de pay et de may o de hun de lor, dar le pot a cuy se volera assi cum lo medichs conquestedor far podere, chetz que preparance (= Angebot zum Verkauf) noy fera adarres; mas pero de le vente daquere terre naura affar preparance aus de la ventrade dou conquestedor assi cum son frays et sors.

Dieselben Züge trägt noch das offizielle Recht von Bayonne von 1514. Hier heißt es:

XI a. 6: Le pere et la mere par leur testament des biens papoaux et avitins peuvent, entre leurs enfans et non autres, disposer à leur plaisir et volonté et peuvent avantager l'un des enfans plus que l'autre ou laisser à un le tout, ainsi que bon leur semblera.

a. 7: Sauf la lar qu'est la principale maison, de laquelle ne peuvent disposer qu'elle ne demeure au premier enfant masle, ou s'il n'y a masle, à la premiere fille.

Entgeltliche Veräußerungen unter Lebenden bleiben auch in Bezug auf das Erbgut bestehen:

IV. 7: Mayeur de vingt-cinq ans, seigneur de ses droits peut aliener à sa volonté tous ses biens, soient biens acquis ou de succession, meubles ou immeubles, natürlich auch hier vorbehaltlich der nicht näher zu entwickelnden Erblosung, V a. 1 ff.

Aehnlich in den Fors de Bearn (1551). Auch hier ist die Veräußerung des Erbgutes untersagt, und Erbgut ist auch hier das liegenschaftliche Vermögen, das vom Großvater her kommt; allein nicht nur dieses:

Rubr. de contractes a. 5 (B. de Richeb. IV p. 1085): Et son

dijtz beês de primessà et subjectz à ladijtà tornarià los qui son trobatz esta poseditz per tres de un medixs lignage successivament et continuadament, sian per linhà descendentà, ascendentà ô collateralà, compreês lo venedo[r].

Hiernach kann also auch die Erbfolge durch den Bruder mit in Rechnung kommen.

Die Unveräußerlichkeit des Erbgutes ist noch die Regel; doch giebt es Ausnahmen:

a. 6: Alienation universala de beês avitins . . . no sera valable en deguna sorta, sens necessitatz conegudas, cum son

per marida filhs ô filhas,
per se redemè de preson et excominge,
se alimenta,
incendi

et autres caas semblables ô plus graus à l'arbitre deus Juratz du loc ô Judges de la Cort deu Seneschal . . . . .

So die Veräußerung des ganzen Erbbesitzthums. Einzelne Sachen konnte man per titre de venta ô autre titre oneroos veräußern sens tal conexença de causa; mes si se vendé ô alienabà autrement que no apertient à un bon pay de familia ô per fraudà, lo prim . . . lo podera far interdise l'alienation de taldijtz beês (a. 7).

Im Uebrigen gilt das Erblosungsrecht.

Die Ausnahmen von der Unveräußerlichkeit beziehen sich natürlich nur auf die belastete Veräußerung, nicht auf Schenkung und Testament: hier bleibt die Unverfügbarkeit bestehen.

Soweit die Erbgüter. Das andere Vermögen kann frei vergabt werden:

Deus beês adquisitz cascun en pot disposà a sa guisa et de tout autre qui no sia de primessa (a. 3).

So auch schon die alten Fors aus dem 13. Jahrh. (Mazure et Hatoulet) a. 178: Tote cause, qui jo aye crompade, pusc dar o bener a cuy me plasera, sentz autrey de filh ni de filhe; et que en queres causes no ha torn.

Das Gleiche finden wir noch im 16. Jahrhundert in den Coutumes von Labourt und von Sole.

In Labourt (1514) heißt es V 1: L'on ne peut vendre, hypothequer ou autrement aliener les biens papoaux et avitins, si n'est pour assignation de mariage ou urgente necessité, et alienations autrement faites sont nulle et de nul effet et valeur, si ce n'est qu'elles soient faites du consentement de l'aisné émancipé ou du prochain, qui par la coustume doit succeder.

Und ferner XI 4: Des biens avitins l'on ne peut tester que du consentement de celuy qui doit succeder, et s'il est fils, faut qu'il soit émancipé . . .

Ebenso Sole (1520) XVII 1: Lom ne pot vendar, ypothecar ou autrement alienar los biens papoaux et avitins assis au pays de Sole, sinon es per assignation de doari de maridadge, ou urgente necessitat, et alienations autrement feytes son nulles et de nul effet et valor, si non que sien feytes de consentiment deu primogenit emancipat ou deu plus prochain qui per la coustume deu succedir.

Und XXVI 4: Deux biens avitins no pot testar que de consentiment dequet qui deu succedir, et s'il es filh, faut que sie mancipat.

Die Veräußerung war also nichtig, abgesehen von gewissen Fällen, und in diesen Fällen galt noch die Erblosung; so Labourt VI 3 f., so Sole XIX 1: Si aucune cause de papoadge en cas permis es vendude, lo plus prochan à succedir deu venedor de degré en degré los pot recrubar dedens lo termi de quarante un ans consecuthivs.

In S. Sever (1514) sind gleichfalls die biens avitins et papoaux zunächst unverfügbar; auch hier sind dies Güter, die vom Großvater her angefallen sind. Allein die Unverfügbarkeit hat doch eine Ausnahme: es ist dem Erblasser gestattet, darüber raisonablement Bestimmung zu treffen, XII 4, etwas was im Gewohnheitsrecht von 1514 dahin festgesetzt ist: a) er kann jüngeren Kindern, die durch das Aeltestrecht benachtheiligt sind, ein Drittel der Erbgüter zuwenden; b) wenn er keine Kinder hat, so kann er seinem Ehegatten ein Drittel zuwenden; c) eventuell endlich kann er für seine Seele als Seelgeräthe ein Drittel dahingeben, XII 5 und 6.

§ 4.

Eine überraschende Aehnlichkeit zeigen die Rechte des Nordens, so vor allem das Landrecht von Artois. Nach dem alten Landrecht von Artois[10] kann der Eigner das Erbgut nur veräußern par l'assentiment et le gré de son hoir, par povreté, por achater plus souffissant hiretage, XXIII a. 1.

Im ersteren Falle mußte der nächste Erbe am Veräußerungsakte theil-

---

10) Ed. Tardif (1883).

nehmen und da dieser hier, wie überhaupt in den nördlichen Provinzen, in der Art der feudalen Auflassung geschah, d. h. durch Auftragung des Rechtes an den Grundherrn und durch Beleihung des Erwerbers durch diesen, so war der nächste Erbe zum Akte der Auftragung hinzuzuziehen, wenigstens, wenn es sich um ein Lehen handelte. Was aber die echte Noth, poverté, betrifft, so mußte sie vom Veräußerer mit zwei Eideshelfern gerichtlich beschworen werden, XXIII 7.

Auch im späteren Landrechte von Artois (1509) Art. 50 sind nur drei Fälle der Veräußerung gegeben:

par le gré et consentement de l'heritier apparent

... par remploy, assavoir en remployant les deniers de la vendue desdits heritages en heritage de telle nature et valeur

oder par necessité jurée par le vendeur et prouvée souffisamment par deux tesmoings dignes de credence.

Ebenso noch Artois (1544) a. 76. 77, mit der Besonderheit, daß bei nichtritterlichem Gut (patrimoniaux cottiers) die Zustimmung sämmtlicher bekannter Erben nöthig ist, ansonst nur die Zustimmenden gebunden sind.

Eigenartig ist es, wie die Lokalrechte im Gebiete von Artois mächtig darüber hinausstreben und die Fessel zu sprengen suchen. Zu den Lokalrechten, die sich nicht fügen, gehört insbesondere Lalleue; hier heißt es:

(B. de Richebourg I p. 371): pour vendre, charger ou aliener son heritage n'est requis avoir le gré et consentement de son heritier apparent, ny faire remploy ... ny aussi jurer ny faire prouver necessité; so bestimmt ferner Aire a. 18 (B. de R. I p. 320): Un chacun peut et luy loist vendre, ceder et transporter pour ses necessitez et affaires ou autrement à son plaisir ses maisons .... sans pour ce y observer l'une des trois voyes requises et necessaires par la Coustume generalle d'Artois (vgl. auch B. de R. I p. 317). So auch Bapaumes (B. de R. I p. 328): l'on n'est submis d'observer nulles des voyes requises par la coustume generale d'Arthois, und ebenso auch Bapaumes (1670) a. 11.

Den nämlichen Weg betritt mit einigen Beschränkungen S. Pol a. 3 (B. de R. I p. 352), während S. Pol a. 30, 31 (ib. p. 355) sich wieder dem allgemeinen Landrecht von Artois fügt. Diesem ordnen sich auch das Lokalrecht von Roclencourt unter a. 5 (ebenda p. 424): il convient y garder l'une des trois voyes ...; ebenso Dainville a. 4 (p. 426).

Danach wäre im allgemeinen Landrecht von Artois eine jede schenkweise oder letztwillige Disposition ohne Zustimmung des Erben ausgeschlossen gewesen. Jedoch machte das Statut (1509) davon zwei Ausnahmen:

a. 58: Il est loysible à chacun, leguer et donner par testament et non autrement, sans appeler son heritier, les fruits, proufits et revenues de trois ans de partie ou de tous ses fiefs, soyent patrimonianx ou autres, pour par le legataire en jouyr incontinent après le trespas dudit testateur; und

a. 59: Il est permis à un chacun, donner par disposition derniere, et non autrement, au desceu et sans le consentiment de son heritier un quint de tous ses fiefs par don d'aumosne pour par le legataire en jouyr paisiblement comme de sa chose.

So auch 1544 a. 90. 91; so auch das Lokalrecht von Hesdin (B. de R. I p. 333): pourveu que le don soit par forme de quint d'aumosne. — — —

Auch die Statuten von Beauquesne (1507) a. 28 bestimmen die drei Wege, auf denen man allein Erbgut (héritage patrimonial) veräußern kann: consentement de son heritier apparent, ... remploy des deniers de la vendue en autres héritages ...., par poverté et necessité suffisament jurée et approuvée par le vendeur et par deux temoins dignes de foy.

Ebenso das alte Recht von S. Paul a. 36 (B. de Richeb. I p. 163).

Auch in Rheims (1481)[11] soll das Erbgut nur in drei Fällen veräußert werden, wozu der Fall der Zustimmung des Erben und der Fall des gerichtlich anerkannten Nothbedarfs gehört, a. 54—56; 106—108; bei sonstiger Veräußerung soll das Veräußerte zu einer billigen Schätzung von den Erben zurückgerufen werden können — jedoch nur dann, wenn mehr als die Hälfte des Erbgutes veräußert worden ist; vgl. unten S. 252.

Auch in Boulenois (1493) a. 73 und (1550) a. 124 findet sich das Beispruchsrecht in der angeführten Weise; so (1493) a. 73:

nul ne peut donner, vendre, charger, ne autrement aliener son heritage à luy venu et eschu de ses predecesseurs, se n'est quant à matière de don par le consentement exprès de son heritier apparent, et en matière de vendition, alienation, si n'est aussi par le consentement exprès dudit heritier apparent, ou par necessité jurée et affermée par le vendeur, ensievy par deux temoins.

---

11) Ed. Varin. Nur Lehnsgüter können ohne Beschränkung verschenkt werden, a. 347, 351 ebenda.

Doch im alten und neuen Rechte gilt daneben das System des quint datif: man darf über $1/_5$ des Erbgutes, und dazu noch über die dreijährigen Früchte des ganzen Erbgutes verfügen; so Boulenois (1493) 52. 53, (1550) a. 88. 89; und so auch Montroeuil (1507) a. 71 (anders a. 63) und (1567) a. 34.

So bestimmt Montroeuil (1507):

a. 71: un chacun peut donner un quint de son heritage par forme de quint datif à qui qu'il lui plaît, sans le consentement n'ottroy d'hoir . . . et ce tant par don entre vifs, comme par don testamentaire. Et pareillement peut un chacun donner à qui qu'il lui plaît sans ottroy d'hoir . . . la revenue des trois ans prochains et ensuivans le trépas du donateur de tous ses heritages à lui venus de la succession de ses predecesseurs.

Demgemäß auch das neue Stadtrecht von Montreuil (1567) a. 34.

Ganz entsprechend nach allen drei Richtungen hin das alte Recht S. Omer a. 60. 64. 65 (B. de Richebourg I p. 287, auch p. 281); im neuen Recht von 1612 a. 48 ist die Veräußerung unter Lebenden freigegeben, auch die schenkweise: Un chacun peut ceder ou donner par don d'entre vifs ou aultrement . . . ses maisons, terres et heritaiges patrimoniaulx non feodaux; der quint datif für letztwillige Verfügungen aber, a. 27 ist erhalten: disposer de ses biens meubles, debtes, chateulx, acquests et biens disponibles. Diese biens disponibles können nur der quint datif sein.

Entsprechend auch Lilers (B. de R. I p. 379): Tous propriétaires d'heritages feodaux peuvent disposer par leurs testamens et autrement du quint et revenus feodaux, à qui bon leur semble.

Hier sind wir also bereits bei dem berühmten Verfügungsfünftel, dem quint datif, angelangt. Eine Reihe von Gewohnheitsrechten aber hat den Satz, daß man über Erbgüter überhaupt nicht testamentarisch verfügen dürfe, also auch nicht bis zum Fünftel, aufrecht erhalten. So Clermont en Argonne (1571), wo nur gestattet ist, für fromme Zwecke ein Drittel zu vermachen, VII 3, und wo befindete Personen auch nicht schenkweise über das Erbgut verfügen dürfen VI 1; so Angle (1586) a. 29, wo man Erbgut verkaufen, aber nur mit Genehmigung des Erben vergaben darf; so S. Mihiel (1598) IV 1, wo der testamentarische Vorbehalt sich auf das ganze Erbgut bezieht; so Espinal V 1 (für Schenkungen und Testamente); so Marsal (1627) a. 51, wo der Kinderlose über die Errungenschaft, aber nicht über das Erbgut verfügen kann.

In Estampes (1556) a. 103 ist die Verfügung über das Erbgut=

fünftel gestattet, aber nur dann, wenn kein bewegliches Vermögen von einiger Bedeutung vorhanden ist.

In Bar endlich (1579) a. 168 und 98 ist die Verfügungsmacht des Erblassers auf ein Sechstel beschränkt, Schenkungen sind frei.

Die Schenkungsfreiheit aber entstammt der fränkischen Verordnung, dem Capit. leg. add. von 818 § 5 (Cap. I p. 282).

§ 5.

Das Erbgut wurde also unter Lebenden veräußerlich: veräußerlich, vorbehaltlich der überall entwickelten Erblosung. Aber auch die letztwillige Verfügung konnte, wie soeben gezeigt, nicht gänzlich ausgeschlossen bleiben; vor allem war es das Seelgeräthe, die Veräußerung zum Seelenheil, die dem Erblasser nicht abgesprochen werden konnte. Galt doch die Veräußerung zum Seelenheil nur uneigentlich als eine freigebige: die ganze Denkungsweise des Mittelalters ist ja von der Idee durchzogen, daß die Befreiung der Seele von den Schlacken der Sünde durch die Hingabe an die Kirche eine Gegenleistung höchsten Ranges sei; auch gelangte noch außerdem der Gedanke zum Durchbruch, daß, was man der Kirche schenke, nicht eigentlich gegeben, sondern zurückgegeben werde: zurückgegeben dem Herrn, von dem man es empfing.

Die Entwicklung drängte also dahin, zunächst für das Seelgeräthe, sodann aber auch für andere Zwecke die Fesseln zu sprengen und einen Theil des Erbgutes verfügbar zu machen; so entwickelte sich der Freitheil: der übrige Theil des Erbgutes bildete dann den Erbvorbehalt. In zahlreichen und ganz besonders wichtigen Gewohnheitsrechten nun wurde der verfügbare Theil auf ein Fünftel festgesetzt; Beispiele gab schon das Vorige; allein dies waren nur erst einige Beispiele: das System des Fünftel war weit verbreitet; es durchzog siegreich große Theile des Nordens; es findet sich in Vermandois, es beherrschte das Pariser Recht, es beherrschte das Recht von Orleans schon im 13. Jahrhundert.

Zunächst seien noch einige Gewohnheitsrechte des Nordens erwähnt, die im 14. Jahrhundert aufgezeichnet wurden, aber jedenfalls noch auf ältere Zeit zurückgreifen. So heißt es im ancien coutumier de Picardie a. 73:[12]

se on peut donner le quint de sen fief à cui que il veult et non plus? Respont, que cascuns nobles peut donner le quint à cui que il veult; et se il donne plus, le sourplus ne tenra mie selonc le coustume.

---

12) Ed. Marnier (1840) p. 62.

Ist über das Fünftel geschenkt, so ist das Zuviel zurückzugeben; und zwar zunächst vom zuletzt Beschenkten:

se un homs a donné tant sur se terre l'un après l'autre, se li outre plus sera subtrais du derrain don ou de cascun selonc se quantité? Respont: se li donnerres a donnés dons em pluseur lieux, de quoy li hyretages soit carquiez à pluseur parties, il dequerra du derrain don, et commenchera on au premier, en sievant l'un après l'autre dusques au res du quint.

Ebenso heißt es in den alten Gebräuchen von Amiens (Anfang des 14. Jahrh.) a. 4:[13]

Cascuns peut donner le quint de ses hiretages à cui que il veult sens faire tort à sen hoir.

Ausgenommen sind die Schenkungen an die todte Hand, die man auch sonst beschränkte.

Dabei enthält Amiens 4 noch die interessante Bestimmung, daß ein und dasselbe Erbgut in derselben Familie nur einmal der Fünftelverfügung unterliegen kann:

On ne poet quintier hyretage que une fois; et tant que l'iretagez qui a esté quintiés demeure en le main des hoirs quel lointaing que il soient, ne de queus degrés che soit deschendus, on ne le peut jamais quintier.

Anders wenn es im Erbgang aus der Familie fällt und in der neuen Familie wieder Erbgut wird; dann ist es ein neues Erbgut und wieder des Fünftels fähig:

il carroit de nouvel en hyretage et prenderoit costé, et aussi li hoir, à cui il esquerroient, porroient tout de nouvel de requief donner le quint del hyretage.

Im Stadtrecht Amiens von 1507 ist die Verfügungsgewalt dahin erweitert, daß der Eigner das gesammte Erbgut unter Lebenden verschenken, aber nur über das Fünftel, über den quint, von Todes wegen verfügen darf, a. 1 und 4:

il ne pourroit disposer par testament et derniere volonté de ses propres heritages . . . succedez et échus de ses prédecesseurs, sinon du quint seulement.

Ebenso das Stadtrecht Amiens' von 1567 a. 46 und 57.

Die Erblosung für den Fall entgeltlicher Veräußerung von Erbgut ist natürlich hier, wie sonst, gewahrt, 1507 a. 47 f., 1567 a. 167 f.

---

13) Marnier ib. p. 146; auch bei Thierry, Monum. inédits de l'histoire du tiers état I p. 162. Hieraus ergiebt sich klar, daß das Schenkungsrecht in der Cout. 1507 erst eine neue Entwickelung ist; verkehrt Ficker S. 276 f.

So treffen wir das Fünftelrecht in Vermandois und Beauvoisis. Wir können es bis in das 13. Jahrhundert hinab verfolgen und finden hier bereits festen Halt;[14] denn die zwei größten Coutumisten haben es entwickelt, welche beide hintereinander baillis von Vermandois waren, Pierre de Fontaines und Beaumanoir.

Pierre de Fontaines, Conseil XXXIII 12 besagt:

Li pères puet, par nostre usage, lessier le quint de son éritage, s'il tient l'éritage franchement ou à cens ou à terrage . . .

und XXXIII 15:

Se li pères a muebles et conquez et héritages, por ce s'il fait lès de ses muebles et de ses conquez, ne lerra-il mie qu'il ne lest ausint le quint de son héritage, s'il veult.

Und so Beaumanoir XII a. 365:[15]

chascuns gentius hons ou hons de poostè qui n'est pas sers, puet, par nostre coustume, lessier en son testament ses muebles, ses conquès et le quint de son eritage la ou il li ples, essieutés ses enfans as quens il ne puet plus lessier a l'un qu'a l'autre.

Diese Zuwendungen können auch an den Ehegatten erfolgen; auch an die Kirche, allein letzterenfalls mit folgender Eigenheit (§ 367):

Se lais est fais a eglise d'eritage qui soit d'aquest ou du quint de l'eritage, comme l'en puet lessier, li sires de qui l'eritages muet ne le puet defendre; mes il puet commander a l'eglise . . . qu'ele l'oste de sa main et le mete en main laie dedens an et jour . . .

Der Begriff des Erbgutes wird von Beaumanoir ganz im Sinne der nördlichen Rechte bestimmt, XIV 505:

si tost comme l'aqueste vient à ses oirs, ce devient leur propres eritages, puisque l'aqueste descent un seul degré; donques tout le peust cil qui l'aquesta tout lessier en testament, ses oirs, auquel l'aqueste vient, n'en puet lessier que le quint; et aussi ne le peust nus de son lignage ravoir par la bourse,[16] se cil qui l'aquesta le vendist, mes l'en le ra bien, quant l'oirs le vent. Et par ce apert il que c'est drois eritages, puisqu'il descent ou eschiet un seul degré de lignage.

Später wurde der Begriff dahin festgesetzt, daß auch der Erwerb

---

14) Viollet, Etabl. I p. 128 Note 1 erwähnt Vermächtnisse und Schenkungen des Fünftels aus dem Jahre 1244 (aus einem ungedruckten Cartular von S. Enverte).

15) Beaumanoir ist natürlich, soweit die bis zum XXXIII. Buch gediehene neue Ausgabe von Salmon reicht, nach dieser citirt; sonst nach Beugnot. Vgl. auch noch die Stelle XXXIV 23 (bei Beugnot II p. 13).

16) Natürlich durch Erblosung.

von der Seitenlinie her dem Erbgutrechte verfiel; so namentlich Rheims (1481) a. 3, wonach auch Erwerb von oncle, tante, frere, seurs, cousins et cousines et autres prochains linaigiers en ligne colatérale, tant que la consanguinité se peut extendre, zum naissant et propre gehört.

Das Pariser Recht bietet uns im 14. Jahrh. einen festen Anhalt: die Coutumes notoires (1300—1387) bei Brodeau besagen[17]

a) bezüglich der Schenkung im a. 143:

Une chacune raisonnable franche personne puet à son vivant et par maniere de don, cession ou donation faite entre vifs irrevocable donner, ordener et disposer de son propre heritage et par consequent de ses meubles et conquests à sa plaine voulenté . . ., et valent telles donations, quand elles sont faites par affection raisonnable, que le donnant a, puet et doit avoir au donataire, et quand elles sont faites sans fraude et fiction;

b) bezüglich der letztwilligen Verfügung in a. 7:

Se aucun homme a plusieurs enfans legitimes, habiles à estre ses hoirs, il peut laisser à estrange personne ses biens meubles et conquests selon l'usage et coustume notoire et la commune observance de ville et vicomté de Paris, voire la quinte partie de son heritage propre en sa derniere volonté et testament, et non plus.

Und Jean des Mares (1372 - 1382) hat folgende zwei Stellen:

a. 149 (fast gleichlautend mit Coutume notoire a. 7), vgl. auch a. 70;

a. 237: que nuls ne puet ordener en son testament ou prejudice de ses heritiers, fors que du quint de son heritage.

In Orléans finden wir schon eine Stimme aus dem 13. Jahrh.; denn der Verfasser des Livre de Jostice et de Plet berichtet, XII 3 § 1:

Home ou feme puet doner en testament le quint de son heritage et toz ses mobles et toz ses conquez et plus non, ait enfanz ou n'ait enfanz. D'achest l'en puet testamenter . . . Verboten sind nur die tendenziösen „Haß“verfügungen, VIII 3 § 1.

Im 15. und 16. Jahrhundert häufen sich die Zeugnisse für den quint datif. So Ponthieu (1495) a. 19: sinon par quint et par forme de quint, duquel quint un chacun de franche et liberale condition peut disposer sur ses heritages et les donner à qui qu'il luy plaît sans le consentement de son heritier, soit par don heredital ou viager;

a. 25: peut et luy loist sans le consentement de son heritier et

---

17) Vgl. auch Ableiges II 20, der von der Verfügung über die Hälfte von Errungenschaft und Fahrniß (Gemeinschaftstheil?) und $1/5$ Erbgut spricht. Vgl. auch Olim III (2) p. 1010, Entscheidung v. 1315 (Mobiliarschenkung).

à qui qu'il luy plaît, soit par testament ou derniere volonté, donner et legater le quint de tous heritages . . . Et ne peut une personne quinter qu'une fois ses heritages. Vgl. oben S. 247.

In Gerberoy (1507) a. 87, 92, 94 ist die Schenkung frei; testamentarisch kann man über Errungenschaften verfügen und über das Erbgutfünftel.

So denn auch das System des Pariser Stadtrechts: der testamentarische Verfügungstheil ist ein Fünftel des Erbgutes, die Schenkung ist vollkommen frei. Unter den zahlreichen Rechten dieses Systems sind zu erwähnen: vor allem Paris (1510) a. 97, 98, 92, 93; (1580) a. 227, 292; sodann Melun (1506) a. 92, 93; (1560) a. 232, 246, 247; Auxerre (1507) a. 109, 91; (1561) a. 218, 225; so Chartres (1508) a. 78, 91 (neben dem Fünftel noch die Früchte eines Jahres des ganzen Erbgutes); Sens (1506) a. 96, 81; (1555) a. 109, 68; Nivernais (1534) XXVII 4, XXXIII 1; Senlis (1539) a. 218 (jedoch ist hier das Fünftel nur frei, wenn der Erblasser keine Kinder hat; hat er Kinder, so kann er es einem Kinde, aber nicht einem Fremden zuwenden, a. 217, 219); Clermont en Beauvoisis (1539) a. 122, 130, 131 (Verfügung nur zulässig, wenn keine Kinder vorhanden); Valois (1539) a. 84, 86, 133 (nur für Testament); Chateauneuf en Thimerais (1552) a. 109, 113 (ein Fünftel und die Früchte eines Jahres); Montfort (1556) a. 87, 88, 146 (hier auch für Schenkungen); Dourdan (1556) a. 91, 99, 100; Mantes (anc.) X a. 1, XV a. 1—3; (1556) a. 143, 156, 155; Grand-Perche (1558) a. 93, 129;[18] Calais (1583) a. 84.

Orleans (1509) hatte, wie Grand-Perche (1505), den Unterschied zwischen Ritter- und Nichtrittergut und hatte bei letzterem den verfügbaren Theil auf ein Viertel erweitert; a. 232; doch das ist geändert in der neuen Coutume von 1583, a. 275, 292, welche das System des Pariser Stadtrechts annahm.

Einige Rechte erweitern überhaupt den verfügbaren Theil auf ein Viertel oder auf ein Drittel, wobei sie entweder Schenkungen ebenfalls ganz freigeben oder den letztwilligen Verfügungen gleich behandeln.

Das System des Viertels finden wir für letztwillige Verfügungen im Lothringer Landrecht (1594) X a. 1, XI a. 3 und 13; wir finden es auch in Sedan (1568) a. 108, 124, hier allerdings in der

18) In der alten Coutume von 1505 war bei nicht ritterlichem Erbgute der Vorbehalt nur $^3/_4$; außerdem war es gestattet, über die Früchte von 3 Jahren zu verfügen, früher sogar über solche von 9 Jahren. Dagegen galt der Vorbehalt auch für Schenkungen; Donaisons a. 1 und 3.

eigenartigen Weise, daß die Verfügung durch Schenkungen mehr beschränkt zu sein scheint, indem das Viertel nur an einen Erben geschenkt werden darf.

Schon vorhin wurden einige Gewohnheitsrechte erwähnt, welche den Uebergang vom Fünftel- auf das Viertelsystem zeigen: je nach der Art des ritterlichen oder nicht ritterlichen Gutes; so Perche (1505) und Orleans (1509). Ganz ähnlich sind auch Dreux (1508) a 76, 81, 82 (hier ist auch die Verfügung über die Früchte eines Jahres gestattet), Blois (1523) a. 166, 173, Montargis (1531) Ed. Tardif a. 227, 241.

Das Drittelsystem dagegen ist das alte System von Anjou und Touraine. Wir erfahren dies aus dem I. Buche der sogenannten Etablissements de Louis saint, welches ja größtentheils aus einem Rechtsbuch von Anjou-Touraine besteht und auf das Jahr 1272 oder 73 zurückführt. Hier heißt es I 10:

Gentis hom ne puet doner à ses anfans, à ces qui sont puisné que le tiers de son heritaige; mais il puet bien doner ses achaz et ses conquestes auquel que il voudra de ses anfanz, si feroit-il à un estrange se il voloit . . .

Und I 68: Gentis hom puet bien doner le tierz de son heritage, tout ait-il anfanz ou non[19] — —

eine Stelle, die sich auch in den Ausläufern der Etablissements findet, so in der sogenannten Ordonnance de Jean II a. 18 (bei Viollet, Etablissements III p. 198).

Und auch die alten Texte von Anjou und Maine[20] folgen derselben Spur, jedoch mit einem Uebergang zum Hälftensystem; so von 1411 a. 235 (Text E), so von 1437 a. 1251 (Text F): un gentil homme ne peut donner que le tiers de son heritage, touz ses conquestz et meubles, et le coustumier la moictié des choses censives et le tiers des chommaigées et touz ses achactz et meubles — —,

was im Text von 1463 (J) a. 269 dahin näher erläutert wird, daß in Maine stets das Drittelsystem gelte, in Anjou aber der gemeine Mann (coustumier) bis zur Hälfte seines Zinsgutes verfügen könne; und ebenso der spätere Text L a. 165.

Das spätere Recht dieser Gegenden hat in der Hauptsache das Eindrittelsystem beibehalten, allein sonst eine andere Richtung eingeschlagen, sodaß es erst unten zur Darstellung kommen kann.

---

19) Von Gemeinen spricht der Text nicht; die späteren Texte von Maine und Anjou ergeben, daß auch der „coustumier" letztwillig verfügen kann, und sogar über die Hälfte des Zinsgutes. Vgl. auch Viollet, Etabl. I. p. 128f.

20) Beautemps-Beaupré, Coutumes de l'Anjou et du Maine.

Das Drittelsystem wird in einem der Ausläufer der Etablissements als Recht der Champagne bezeichnet; im Abrégé champenois 32 heißt es: Frans hons et franche fame peuvent bien laissier le tierz de lor heritaige an cest pais de Champeigne, et an France le quint, et leur meuble et lor conquest . . .

In der That findet es sich später noch in Troyes (1509) a. 138, 95, Vitry le français (1509) a. 112, 100, 108, Chaumont en Bassigny (1509) a. 82 und vgl. a. 76, Meaux (1509) a. 26, 27, vgl. 16, 17; so auch Verdun III a. 1 (wo man jedoch das Drittel nur belasten, nicht auch vergaben kann).

Und so bis hinein in das Land von Vermandois, insbesondere Chalons (1556) a. 63, 70 — und zwar hier für Schenkungen unter Lebenden, wie für Testamente, für Schenkungen aber nur, wenn Kinder vorhanden sind, — sonst sind die Schenkungen frei.

In einigen Rechten ist die Verfügung über ein Drittel des freien, über ein Fünftel des belehnten Erbguts gestattet; so in Noyon (1556) a. 20, 17, 18,[21] in S. Quentin (1556) a. 22, Ribemont (1556) a. 55, Coucy 1556) a. 9; so auch in Peronne (1507, bei B. de Richeb. II p. 609) und (1567) a. 165 und in Chaulny (1510) a. 82, 57, 58, 83; (1609) a. 84, 60, 61.

Der Freitheil von ein Drittel findet sich ferner in Bailleul (1632) XIV 9 und 10, und in Pitgam IX (auch für Schenkungen); er findet sich auch in einigen der südlichen Rechte, so in Marsan (aber nur bei Kinderlosen) Successions a. 13, 3, 7 (B. de R. IV p. 908), in Rochelle (1514) a. 44[22] und in Bordeaux (1520) a. 60, 62 (hier für Schenkungen und Testamente); ebenso in der Saintonge a. 61, wo ein jeder, und in S. Jean d'Angely (1520) a. 85—87, wo der Kinderlose über ein Drittel des Erbgutes verfügen kann und wo es außerdem gestattet ist, das ganze Erbgut im Ehevertrag zum Nießbrauche zu geben, a. 16.

Auch das Hälftesystem kommt vor; so in Rheims (1481) a. 79 und a. 95 (für Schenkungen und Testamente); (1556) a. 232, 292 (für Schenkungen und Testamente), so in Laon (anc.) II a. 33, 47, 48, III a. 32, 35 ($^1/_2$ bezw. $^1/_3$, $^1/_4$, $^1/_5$; Schenkung frei), und (1556): hier $^1/_2$ bezw. $^1/_3$ des Erbgutes für das Testament, a. 60; und auch für Schenkungen geht die Verfügungsmacht jetzt nur auf ein Halb, falls der Schenker Kinder hat (sonst ist die Schenkung frei) a. 51.

---

21) Hier außerdem noch über den Nießbrauch des Vorbehaltsguts. Vgl. auch unter S. Jean d'Angely.

22) Dies ist nach dem Wortlaut nicht ganz sicher, wurde aber aus a. 44 in Verbindung mit a. 42 geschlossen. So Valin's Kommentar II p. 432 f.

Ist auf solche Weise die Verfügungsquote bis auf ein Halb erhöht, so darf es nicht Wunder nehmen, daß einige Rechte den Erbvorbehalt ganz aufheben. Dies ist der Fall in Orchies (1618) II a. 1, Douay (1627) III a. 1, II a. 1 und in Luxenburg (1623) X a. 1:

Encores que cy-devant aucuns ayant tenu pour coustume qu'il n'estoit permis de tester de ses biens, nommement des fiefz, et que selon ce aye esté souvent jugé, neaumoins, comme par les quayers envoyez, tant de diverses Cours feodales et Justices des Villes que du plat pays, le contraire a esté assez clairement prouvé, sera doresenavant observé pour loy et coustume qu'un chacun ... pourra tester de ses biens meubles et immeubles, feodaux ou bourgeois ...

Ebenso Diedenhofen (1661) X 1; auch Tournay (1552) XXIII a. 2, aber nur für den Kinderlosen und über Nichtlehnsgut.

§ 6.

Dieses germanische Vorbehaltsrecht konnte sich nur unter einer mehrfachen Voraussetzung zu einem der modernen Kultur tauglichen Notherbrecht ausbilden. Die erste Voraussetzung war, daß man Schenkungen und letztwillige Verfügungen, wenn auch nicht gleich stellte, so doch ähnlich behandelte; denn ein Notherbrecht, das gegen Schenkungen schutzlos bleibt, ist nur ein halbes Notherbrecht. Der größte Fortschritt aber, zu dem man sich entschließen mußte, war, daß man den schroffen Unterschied zwischen Erbgut, Errungenschaft und Fahrniß aufgab, oder doch mindestens Errungenschaft und Fahrniß in der einen oder anderen Weise in den Vorbehalt mit einbezog. Je mehr die Vermögensbildung überhandnahm, je bedeutsamer die Errungenschaften und die Fahrnißkapitalien wurden, um so mehr mußte es sich zeigen, daß ein Notherbrecht, das bei den Erbgütern stehen bleibt, höchst unvollkommen ist und die Abkömmlinge gerade in den allerreichsten Familien der schnöden Willkür des Erblassers preisgiebt.

Dazu mußte noch ein Weiteres kommen. Das Notherbrecht in Gestalt des gesetzlichen Vorbehaltes ist nur gerecht, wenn es verschieden ist nach der Person des Erben: ein Notherbrecht der Seitenverwandten ist kaum gerechtfertigt, ein Notherbrecht der Ascendenten jedenfalls nicht in dem Maße, wie für die Abkömmlinge.

Dies war die Krisis des Institutes. Hatte die rechtsbildende Kraft die Energie, diesen Umschwung zu vollziehen, so war der Erbvorbehalt für das moderne Recht gerettet; wenn nicht, so mußte er verkümmern und seine Rolle mußte durch andere Institute ausgefüllt

werden. Leider konnte sich gerade das für die Entwicklung am meisten maßgebende Recht, das Pariser Stadtrecht, zu diesem Fortschritte nicht aufraffen; es blieb auch hier in einer gewissen Flachheit, und dies ist dem Institut verhängnißvoll geworden.[23]

Dagegen ist ein besonders frischer Zug zu verspüren in den Rechten der Bretagne und der Normandie, sowie in den Rechten, die dieser Gruppe zuzuzählen sind, in Anjou, Touraine, Maine, Lodunois.

Die Bretagne bezieht das ganze unbewegliche Vermögen in den Vorbehalt ein und erklärt es zu $^2/_3$ für unverfügbar, für Schenkungen wie für Testamente; vollständig verbietet sie die „Haßschenkungen". So schon die très ancienne coutume a. 42:

Toute personne qui est pourveu de sens peut donner le tiers de son heritaige ... ou cas qu'il ne feroient ce par fraude contre leurs hoirs; et si peut-il ses meubles .....

Dies gilt auch für das Testament a. 327: la volonté du deffunt doit estre accomplie, pour ce qu'elle soit faite deuement et des choses qui sont faites deuement de ce que le deffunt fist .....

So auch die ancienne coutume (1539) a. 220, 221, 576, und, mit einigen Aenderungen, die neue coutume (1580) a. 199, 617. Bestritten war im alten Rechte allerdings, ob unter „heritages" auch die Errungenschaften inbegriffen seien; Dumoulin war für die entgegengesetzte Ansicht, allein diese wurde überwunden und die richtige Ansicht in 1580 ausdrücklich festgestellt. Außerdem hat die neue Coutume noch beigefügt, daß ein Halb zu Nießbrauch einem Drittel Eigenthum gleich zu achten sei; und sodann ist in a. 203 das Aufrückungssystem aufgenommen worden, das unten zur Darstellung kommen soll. Ueber Fahrnisse vgl. Note 24.

Ein frischer Zug zeigt sich auch in der Normandie (1583): hier kann man ein Drittel des Erbgutes und der Errungenschaft und sämmtliche Fahrnisse verschenken, a. 431; bei Testamenten wird zwischen bekindetem und kinderlosem Erblassern unterschieden: ersterer kann über ein

---

23) Eine gesunde Fortbildung in diesem Sinne hat das Institut auch nicht in den Hansestädten gefunden, wohl aber in Schweizer Rechten, wo es, namentlich dem bekindeten Erblasser, vielfach nicht gestattet war, über Erbgut, aber auch nicht über die Errungenschaft zu verfügen, oder doch nur über einen Theil derselben. Vgl. für Zürich, Bluntschli, Rechtsgeschichte von Zürich II S. 320f.; so in verschiedenen Graubündter Rechten, in Basler Rechtsquellen (nr. 69 v. 1401 I p. 78) u. a.; hier gilt namentlich auch der Unterschied zwischen dem bekindeten und dem unbekindeten Erblasser. Vgl. besonders Huber, Geschichte des schweizerischen Privatrechts IV S. 617f., 623f., 650f. Eine erfreuliche Bestimmung zeigt auch das Oesterreichische Recht von etwa 1246 (Arch. f. Kunde Oesterreich. Geschichtsquellen X p 151), wonach ein gekauftes Gut, wenn man es in Jahr und Tag nicht veräußert, Erbgut wird.

Drittel des beweglichen Gutes,[24] aber über keinen Theil des unbeweglichen Gutes verfügen, der kinderlose dagegen über ein Drittel der Errungenschaften und über ein Halb, unter Umständen über das Ganze des beweglichen Vermögens; das Erbgut bleibt auch dem Kinderlosen unantastbar, a. 414, 418, 419, 420, 422, 423, 427.[25]

Verwandt ist Eu (1580), wo man ebenfalls unter Lebenden alle Fahrniß verschenken kann, a. 80, auch die Errungenschaften, wenn man keine Kinder hat, sonst ein Drittel, a. 77, Erbgut jedenfalls nur zu einem Drittel, a. 76; während im Testamente der bekindete Erblasser über das bewegliche Gut verfügen kann, a. 404, der kinderlose aber auch über die gesammte Errungenschaft, a. 107, nicht über das Erbgut, a. 109.

Verwandt ist ferner Ypern (1619): der Erblasser kann über ein Drittel Erbgut, zwei Drittel Errungenschaft und alle Fahrniß schenkweise und testamentarisch verfügen, VIII 1, 4; IX 1 und 2; ganz ebenso Gorgue (1627) a. 88, 92.

Eigenartiger sind: Maine (1508), Anjou (1508), Touraine (1507 und 1559): sie behandeln zuvörderst Schenkungen und testamentarische Verfügungen einander gleich; sie stimmen auch darin überein, daß sie zwischen dem bekindeten und kinderlosen Erblasser unterscheiden, und nähern sich damit dem normannischen Rechte; sie gleichen ihm auch darin, daß sie, nicht wie die Bretagne, das unbewegliche Vermögen zu einem Ganzen zusammenwerfen, sondern getrennt behandeln und damit für jede der drei Vermögensmassen einen größeren oder geringeren Vorbehalt bestimmen. Dieser große Fortschritt in den Rechten von Maine und Anjou wurde erst in letzter Stunde gemacht. Die Entwürfe hatten Bestimmungen im Sinne der Rechte des 15. Jahrhunderts (oben S. 251); erst während der Verhandlung wurde der Text in der angeführten Weise geändert.[26]

So Maine (1508) a. 332, 336, 338, 351: Vorbehalt bei Erbgut zwei Drittel für einen jeden, bei Errungenschaft und Fahrniß zwei Drittel für den bekindeten Erblasser.

So Anjou (1508) a. 321, 327, 339, 340, wo der bekindete Erb-

24) Es ist das normannische Drittelsystem (1/3 des beweglichen Gutes für die Frau, 1/3 für die Kinder, 1/3 zur Verfügung des Mannes, vgl. Cout. de Norm. a. 392. Très anc. Cout. de Bret. a. 206, Anc. Cout. de Bret. a. 526), das die Normannen nach Sicilien brachten (Brünneck, Siciliens Stadtrechte II S. 6f.), wie nach England, vgl. Glanvilla VII 5: Res mobiles in tres partes dividuntur aequales, quarum una debetur heredi, secunda uxori, tertia vero ipsi reservatur, de qua tertia liberam habebit disponendi facultatem.

25) Etwas Besonderes galt für den Distrikt von Caux, a. 279, 427.

26) Vgl. die Protokolle bei B. de Richebourg IV p. 525, 594.

lasser über ein Drittel des Erbgutes und der Errungenschaft nur zum Nießbrauch verfügen darf (über die Fahrniß ganz). So Touraine (1507) XXIII a. 1 und 10, XXIV a. 5, welches allerdings nicht zwischen bekindeten und kinderlosen Personen unterscheidet und überhaupt die Verfügung über ein Drittel Erbgut und über die Errungenschaft nur zum Nießbrauch gestattet;[27] ebenso auch Lodunois (1518) XXV a. 1 und XXVI a. 3; während Touraine (1559) a. 233, 325 den Erblasser und Schenker noch weiter dahin beschränkt, daß, wer Kinder hat, über Errungenschaften zum Nießbrauch und über bewegliches Gut zum Eigenthum, aber nach beiden Seiten hin nur bis zu einem Halb, verfügen darf.

Sodann haben diese vier Gewohnheitsrechte, ebenso wie die Bretagne (1580), das System des Aufrückens. Damit ist gesagt: ist kein Erbgut vorhanden, so nimmt, was das Verfügungsrecht betrifft, die Errungenschaft die Natur des Erbgutes an; und ebenso, wenn keine Errungenschaft vorhanden ist, das bewegliche Vermögen — ein eminent fruchtbarer Gedanke, welcher dazu führen konnte, daß unter dem Vorbehaltssystem stets für die Kinder gesorgt war. Natürlich mußte das Prinzip mit Vernunft angewandt werden, es durfte insbesondere nicht genügen, daß man einen Spatenstich Erbgut oder Errungenschaft hatte, um die Kinder vom nachfolgenden Gut auszuschließen: solches konnte nur einen Sinn haben, wenn das vorausgehende Vermögen in einer den Bedürfnissen der Kinder genügenden Menge vorhanden war, was auch Dumoulin zu Angumois a. 49 aufstellt: non enim intelligitur de vili cespite terrae, verba cum effectu notabili accipienda ...

So finden wir dieses System des Aufrückens in der Bretagne (1580) a. 203, in Maine (1508) a. 352, Anjou (1508) a. 340, Touraine (1507) XXIII a. 1, XXIV a. 5 und (1559) a. 238, Lodunois (1518) XXV 1.

Ja, dieses Aufrückungssystem haben einige Rechte angenommen, die sonst nur dem Vorbehalt des Erbgutes huldigen, die aber wegen dieses Vorrückens den Rechten des Fortschrittes angereiht werden müssen. So Poitou (1514), das sonst nur einen Zwei-Drittel-Vorbehalt des Erbgutes kennt, im übrigen, wie die obigen Rechte, Schenkungen und Testament gleich behandelt, a. 181, 190, 191, 199;[28] und ganz entsprechend Angoumois (1514) a. 49, 52 und 115. Ferner Rochelle (1514): hier soll, wenn kein Erbgut vorhanden ist, zwei Drittel der Errungenschaft und wenn keine Errungenschaft, zwei Drittel der Fahrniß vor-

27) Abgesehen von Verfügungen ad pias causas.

28) Vgl. dazu mein Kollationsrecht in den französischen Coutumes S. 15.

behalten sein, a. 44; ferner Saintonge a. 61 (B. de R. IV p. 886). Auch Bar (1579) gehört hierher; denn hier heißt es a. 98:

où il n'y auroit que meubles et acquests, n'en pourroit disposer que de la quarte partie au prejudice de ses enfans.

Wie Poitou (1514) a. 90, 191, ist auch das neue Recht von Poitou (1560) a. 223, 224; außerdem aber ist hier das Prinzip in a. 208 und 217 sehr originell weitergebildet.[29]

Auch Sens (1555) a. 68 kennt ein Aufrücken in folgender Weise: man kann verfügen über ein Fünftel des Erbgutes; ist aber nur Fahrniß vorhanden, so ist nur ein Viertel dieser Fahrniß der Disposition frei.

Und in Abbeville (1506) a. 2 ist bestimmt, daß, wenn der Erblasser ohne Erbgut stirbt, die ersterworbene Errungenschaftsliegenschaft als Erbgut gilt, wenn sie im Moment des Todes noch im Vermögen des Erblassers ist.

Noch einfacher und großartiger ist der Fortschritt in den flandrischen Stadt- und Landrechten, welche einfach zwei Drittel des ganzen Vermögens zum Vorbehalt erheben und damit das in der Bretagne angewandte System der Vereinheitlichung des Vermögens consequent durchführen, wie solches schon längst die Langobarden gethan hatten.

So das Recht von Gent von 1563 XXVIII a. 2:[30]

Niemant en mach, by testamente ofte vutersten wille, breedere disponeren ofte mech gheven, dan totten derden van alle den goeden van hem ghevere, ende niet meer, ende indien de dispositie exedeerde, wert ghereduceert totten zelven derden, so dat elc hoir schuldich es to volghene de twee deelen van zyn contingent over syn legitime portie, zuver ende onbelast van den zelven ghiften ende dispositien testamentaire.

Schenkungen sind frei (XII 1).

So auch Courtray (Kortrijk, 1557) XIV a. 3 und 4; auch Renaix (1552) XV 1 und 2, wo aber auch Schenkungen in den gleichen Vorbehalt einbegriffen sind.

Dem Genter Recht entsprechen ferner:

Ostende (1611) XV a. 2,[31] Bourbourg (1615) XIX 2, Audenarde (1615) XX a. 6,[32] Bergh S. Winox (1617) XVI a. 1;

29) Ueber a. 217 unten S. 264. Ueber die zu beiden Artikeln aufgeworfenen interessanten Rechtsfragen vgl. Boucheul, in seinem Kommentar hierzu (Ed. 1727) I p. 548, 625.

30) In den Coutumes de Flandre, Quartier de Gand I p. 161.

31) In den Coutumes de Flandre, Quartier de Bruges IV p. 170.

32) In den Coutumes de Flandre, Quartier de Gand IV p. 192.

XXIII a. 1 und 2, Aloſt (1618) XI a. 1; XXI a. 1 und 2,[33] Waes (1618) V a. 1 f., Aſſenede (1619) VI 1; XXI a. 2, Sluis (1620) XXXII a. 2.[34]

So auch Caſſel (1613) a. 233:[35]

Personne ne pourra par contract de mariage ny par autre donation inter vivos ny causa mortis priver et exclure son heritier de sa legitime, c'est à sçavoir des deux tiers des heritages rotures de des cateux qui luy eschéent ab intestato . . . . . . quoyqu'il arrivât mesme que celuy qui doit succeder ab intestato y consentit à la requisition de celuy auquel il doit succeder; car la présomption est que de tels contracts sont faits plus par contrainte, par induction et par la reverence pour celuy auquel il succede, que d'une volonté libre. — Hier alſo bei Schenkung und Teſtament!

Wie Gent, ſo auch Brügge (1619) XIII 2:[36]

Ende mach elck, soo bastard als ander, by syn testament ende vuytersten wille wech gheven trechte derde deel van al syn deelsaem goedt . . .

So auch Ecloo und Lembeke (1619) XII 2, XX 2 und 3, Pays du Franc, Theilbuch (1619) a. 73,[37] Nieuport (1616) XXII a. 2 und 3, XI a. 1, Rouſſelare (1624) XIX a. 1—3, Termonde (1629) IX 2, XVIII 1, Bouchaute (1630) IX 1, XXIV a. 2, Ardenburg (1681) XXIV 2.[38]

Eine weitere Fortbildung kennt Furne (1615) XX 1, 2, 4, 5; es hat in der Entwicklung des Inſtituts die letzte Stufe erreicht: es bezieht den Zweidrittelvorbehalt auf Schenkungen und Teſtamente und fügt in a. 5 die bedeutſame Beſtimmung bei:[39]

daer gheen kinderen oft kindtskinderen en syn, sal elken vermoghen ('t sy aen eenighe hem bestaende van besyden, oft an vremde oft in pios usus) wech te gheven metter waermer handt alle syne conquesten, meublen ende catteylen.

Den gleichen Fortſchritt, wie Flandern, zeigen vier Rechte im Herzen Frankreichs: Auvergne (1510), La Marche (1521), Bourbonnais (1521) und Berry (1539).

---

33) In den Coutumes de Flandre, Quartier de Gand ib. III p. 126.
34) In den Coutumes de Flandre, Quartier de Bruges IV p. 721.
35) Nach der franzöſiſchen Faſſung bei B. de Richebourg I p. 714.
36) In den Coutumes de Flandre, Quartier de Bruges I p. 44.
37) Bei B. de Richebourg I p. 627.
38) In den Coutumes de Flandre, Quartier de Bruges I p. 406.
39) In den Coutumes de Flandre, Quartier de Furnes II p. 104.

In der Auvergne kann man testamentarisch über ein Viertel des ganzen Vermögens verfügen, schenkweise über alles; dabei werden gewisse Verfügungen privilegirt und den Schenkungen gleichgestellt (Verfügungen im Ehevertrag und allgemeine Vermögensgesellschaft), XII a. 41, 43, XIV a. 12, 39, 40, 16, 25, XV a. 4.

In La Marche kann man todeshalber ein Drittel des ganzen Vermögens vergaben; aber auch für Schenkungen gelten einige Beschränkungen, insbesondere was den bekindeten Schenker betrifft: ihm ist das Erbgut unangreifbar, a. 212, 306, 309.

In Bourbonnais a. 291 ist die testamentarische Verfügung nur über ein Halb des ganzen Vermögens gestattet, ebenso in Berry XVIII a. 5, 13, 14 und XII a. 9: hier dann, wenn Kinder vorhanden sind und hier gilt es bei testamentarischer wie bei schenkweiser Zuwendung.

Einige andere Rechte fassen mindestens das ganze unbewegliche Vermögen zu einer Einheit zusammen und erklären es als testamentarisch unverfügbar: sie stehen eine Stufe niedriger, als die eben erwähnten Rechte; so das Stadtrecht Lille (1533) V a. 1, II a. 1; so auch das Ortsrecht Lille (1565), nur daß hier auch die Verfügung über den dreijährigen Fruchtertrag aller Liegenschaften gestattet ist, X a. 1, IX a. 3 und 4;[40] so Hennegau (1619) XXXII a. 1,[41] so Tournay (1552), falls der Erblasser Kinder hat, XXIII a. 2; so Cambray (1574) XIII a. 1; so Stadtrecht Metz (1611) VII a. 1 und 8, VIII a. 7; so Bisthum Metz (1601) X a. 2, VIII a. 1;[42] so Gorze (1624) VIII a. 1, IX a. 2; so Marsal (1627) a. 51 (hier wenn der Erblasser Kinder hat).

§ 7.

Den weiteren Fortschritt, daß man die Schenkung der letztwilligen Verfügung gleich behandelte oder doch in den Vorbehalt einbezog, haben einige Rechte zu verzeichnen. So vor allem Blois (1523) a. 166, 167;

a. 166: Que par ci-devant estoit loisible et permis à un chacun ... faire donaison entre vifs ...... de tous et chacuns leurs biens, tant meubles, conquests que patrimoniaux ... laquelle coustume a semblé ... estre trop dure et venir à restraindre ...

Und für Calais (1583) ist es bedeutsam, daß man sich zwar sonst dem Pariser Stadtrecht anschloß, aber in a. 66 einen Schenkungsvorbehalt der Hälfte des Erbgutes verfügte.

---

40) Hierüber ausführlich Merlin, Repert. v. Réserve cout. § 1 art. II nr. 2.

41) In den Coutumes du Pays et Comté de Hainaut II p. 181 f. (Ed. Faider.)

42) Nur werden gewisse mobilisirte Liegenschaften wie Fahrniß behandelt.

Andere Rechte hatten von jeher die Gleichbehandlung und behielten sie bei; oder sie hatten einen (wenn auch geringeren) Vorbehalt für Schenkungen; so Verdun V a. 1, Saintonge a. 61; im Uebrigen verweise ich auf die früheren Schilderungen der einzelnen Rechte, worin angegeben ist, wo die Schenkung dem Testament gleichgestellt oder sonst im Vorbehalt berücksichtigt wird; ich verweise auf Bayonne, Béarn, Labourt, Sole, S. Sever, Bordeaux, Epinal, Montroeuil, S. Omer, Ponthieu, Picardie, Amiens, Rheims, Laon, Chalons, Bretagne, Normandie, Eu Maine, Anjou, Touraine, Lodunois, Poitou, Angoumois, Clermont en Argonne, Montfort, La Marche, Berry, Ypern, Gorgue, Renaix, Cassel, Furne, Pitgam, auch auf die ältere Coutume von Perche.

Auch die letzte Fortbildung, daß man den bekindeten und den unbekindeten Schenker und Erblasser unterschied, ist nicht selten zu konstatiren. Auch hier kann ich auf das Frühere verweisen, auf die Normandie und ihre Rechtsgruppe, sodann auf Senlis, Clermont en Beauvoisis, auf Laon, Chalons, La Marche, Berry, Tournay, Furne, Marsal, Clermont en Argonne, auf Rochelle, S. Jean d'Angely, Marsan.

§ 8.

Die Rechte aber, welche letztwillige Verfügungen und Schenkungen verschieden behandelten,[43] mußten sich genöthigt sehen, besondere Vorkehrungen zu treffen, damit nicht unter dem Deckmantel von widerruflichen Schenkungen, von Schenkungen auf dem Todtenbette u. s. w. die beschränkenden Bestimmungen über Testamente umgangen und Verfügungen testamentarischen Charakters der freien Regeln der Schenkung theilhaftig würden. Diese vorkehrenden Rechtssätze wurden so sehr Gemeingut des Gewohnheitsrechts, daß sie allgemein, auch in den Gebieten angenommen wurden, wo die Motive hierfür nicht existirten.

Solche Rechtssätze waren

1. der Satz: donner et retenir ne vaut, d. h. eine Schenkung unter Lebenden muß stets definitiv sein; widerrufliche Schenkungen sind letztwilliger Natur und werden nach den Regeln der Testamente behandelt. Der Satz findet sich nahezu in allen Rechten, bald als bloßes Rechtssprichwort, bald mit mehr oder minder erläuternden Zuthaten; so vom Jahre 1506 an:

---

43) Sie waren so zahlreich, daß Loysel 662 die Parömie ausspricht: Chacun peut disposer de son bien à son plaisir par donation entre-vifs, suivant l'opinion de tous nos docteurs français.

Sens (1506) a. 95; (1555) a. 108; Auxerre (1507) a. 108; (1561) a. 217; Dreux (1508) a. 77; Meaux (1509) a. 16, 17; Vitry le français (1509) a. 111; Chaumont (1509) a. 76; Troyes (1509) a. 137; Orleans (1509) a. 222; (1583) a. 283; Auvergne (1510) XIV a. 18f.; Paris (1510) a. 160; (1580) a. 273f.; Chaulny (1510) a. 54, 90; (1609) a. 57, 91; Bourbonnais (1521) a. 212; La Marche (1521) a. 309; Blois (1523) a. 169; Montargis (1531) a. 231, 237; Nivernais (1534) XXVII a. 1; Senlis (1539) a. 211; Clermont en Beauvoisis (1539) a. 127; Berry (1539) VII a. 1; Valois (1539) a. 130; Chateauneuf (1552) a. 110; Dourdan (1556) a. 93; Mantes (1556) a. 150; Montfort (1556) a. 152; Chalons (1556) a. 64; Rheims (1556) a. 229; Laon (anc.) II a. 40, III a. 44; (1556) a. 54; Estampes (1556) a. 145; Courtray (1557) XIV a. 2; Grand Perche (1558) a. 101; Melun (1560) a. 230; Peronne (1567) a. 109; Sedan (1568) a. 109ff.; Clermont en Argonne (1571) VI a. 20; Cambray (1574) III a. 8; Bar (1579) a. 167; Bassigny (1580) a. 165; Normandie (1583) a. 444, 445; Calais (1583) a. 67; Lothringen (1594) X a. 2; S. Mihiel (1598) VIII a. 5; Metz (1611) VII a. 5; Audenarde (1615) VIII a. 3; Bergh S. Winox (1617) XVI a. 1; Alost (1618) XI a. 1; Assenede (1619) VI a. 3; Luxemburg (1623) XIV a. 2; Gorze (1624) VIII a. 2; Termonde (1629) IX a. 1;[44] Bouchaute (1630) IX a. 3; Bailleul (1632) XIV a. 7; Diedenhofen (1661) XIV a. 2.

2. Ein ebenfalls sehr verbreiteter Satz besagt, daß Schenkungen auf dem Todtenbette wie letztwillige Verfügungen zu betrachten seien; als solche gelten alle Schenkungen, die Jemand während der acuten Krankheit macht, auf welche der Tod folgt; manche Rechte geben besondere numerische Bestimmungen: wenn der Tod innerhalb 20, 30 oder 40 Tagen eintritt.

Derartige, dem deutschen Recht wohlbekannte Bestimmungen sind:

Orléans (1509) a. 233 (Tod in 30 Tagen); (1583) a. 297; Auvergne (1510) XIV a. 36; Montargis (1531) a. 247 (Tod in 30 Tagen); Nivernais (1534) XXVII a. 5; Sens (1555) a. 109 (Tod in 40 Tagen); Grand Perche (1558) a. 130; Auxerre (1561) a. 218 (Tod in 40 Tagen); Clermont en Argonne (1571) VI a. 4; Cambray (1574) III a. 4; Bar (1579) a. 169; Paris (1580) a. 277; Angle (1586) a. 29; S. Mihiel (anc.) a. 27; (1598) IV

44) In den Coutumes de Flandre, Quartier de Gand VI p. 38.

a. 3; Metz (1611) VII a. 3; Pays du franc, Theilbuch (1619) a. 78 (in 20 Tagen).[45]

Anders Berry (1539) XVIII a. 18: hier wird für eine solche Schenkung zwar Testamentsform verlangt; sie wird aber im Uebrigen als Schenkung behandelt: soit censée et reputée vraie donation entre-vifs . . .

Anders auch Ypern (1619) VIII 1: estant malade ou en santé: hier ist aber auch der Vorbehalt für Testament und Schenkung der gleiche.

Wie die Zusammenstellung lehrt, findet sich der Satz bei weitem nicht in allen Rechten: in manche ist er erst bei der zweiten Redaktion aufgenommen worden. Doch schloß sich später die Praxis der sog. Coutumes muettes dem Pariser Recht an; wie solches z. B. für Bourbonnais von Auroux des Pommiers (zu a. 291 nr. 48) bestätigt wird, vgl. aber auch ib. a. 216.

Manche Rechte stellen eine sonstige Lebensgefahr der Todeskrankheit gleich; so Nivernais (1534) XXVII a. 5; Cambray (1574) III a. 4. Dies wurde auch in anderen Rechtsgebieten analog angenommen; vgl. Auroux des Pommiers a. a. O. nr. 49.

§ 9.

Der Charakter des Erbvorbehaltes ergiebt sich aus dem Obigen von selbst, ebenso sein prinzipieller Unterschied gegenüber dem römischen Pflichttheil. Der Erbvorbehalt entspringt nicht einer Pflicht, in einer bestimmten Weise zu verfügen, sondern er enthält eine Beschränkung der Verfügungsmacht, er macht es unmöglich, zu verfügen. Er gleicht daher mehr der römischen Quarta Falcidia, wie ich dies bereits in meiner Abhandlung S. 409 hervorgehoben habe; und richtig stellen ihn auch die Contumisten vielfach damit zusammen, z. B. Fleury, Institutions I p. 311.

Ist daher der Erbvorbehalt verletzt, so entsteht zunächst nicht eine Pflicht der Ausgleichung, sondern: was zu viel vergabt ist, ist eben nichtig vergabt und bleibt im Nachlaß; und auch wenn die Ueberverfügung durch Schenkung geschah, bedarf es zunächst keiner ausgleichenden Handlung, denn das zu viel Gegebene ist eben nur faktisch, nicht rechtlich aus dem Vermögen ausgeschieden.

Ebenso kommt es nicht darauf an, wer erben wird; es kommt überhaupt nur darauf an, daß ein gesetzlicher Erbe vorhanden ist, denn der

45) Daher auch die Parömie bei Loysel 666: Donation faite entre vifs par personnes malades de la maladie, dont elles décèdent, est réputée à cause de mort.

gesetzliche Erbe, welcher es auch immer sein mag, bekommt den Nachlaß nicht in der Weise, wie er faktisch, sondern wie er rechtlich ist: er bekommt den Nachlaß mit Allem, was dazu gehört, auch mit dem, was, weil es dem Vorbehalt zuwider vergabt wurde, rechtlich im Vermögen verblieben ist.

So sagt schon Pierre des Fontaines XXXIII 1 im bewußten Gegensatz zum römischen Recht: Par nostre usage tuit cil, à qui li éritages eschiet, pueent pleider, se l'en a plus lessié del éritage que l'en ne puet par la loi del païs.

Ein Erbe allerdings mußte vorhanden sein. Wenn daher der Nachlaß in Ermangelung von Verwandten an den Fiskus fiel, so kamen die Vergabungen zu Kraft; der Vorbehalt war nur zu Gunsten der Verwandten da: fielen diese weg, so war dem Institut der Boden entzogen;[46] doch gab es Ausnahmen; vgl. Anjou 343, Maine 355, Normandie 276 (Beerbung der unehelichen Kinder).

Eine interessante Frage trat hervor, wenn sich das Erbe nach dem Satze paterna paternis, materna maternis unter die väterlichen und mütterlichen Erben spaltete, als ob es aus zwei Erbschaften bestünde; hier kam man zu dem Satze: eine jede Hälfte ist wie ein selbständiges Erbe zu behandeln, und jede unterliegt daher selbständig dem Vorbehalt. Der Erblasser hat daher nicht nur den Vorbehalt im Ganzen aufrecht zu erhalten, sondern er hat dafür zu sorgen, daß sowohl den väterlichen Erben die Hälfte des väterlichen, als auch den mütterlichen die Hälfte des mütterlichen Erbgutes gewahrt bleibt. So verschiedene Coutumisten[47] und so ausdrücklich eine Reihe Coutumes, wie Anjou (1508) a. 324, Maine (1508) a. 339, Bretagne (1580) a. 200 und vor allem Poitou (1514) a. 181, wo es heißt:

Et si aucun a heritage regardant le branchage de son pere et aussi heritages regardans le branchage de sa mere; comme s'il y avoit cent sols de rente regardant le branchage de son pere et

---

46) Chopin, de legibus Andium III tit. 4 (Ed. 1600 II p. 320): illa moribus tribuitur condictio gentiliciae stirpi et agnationi donatoris; Duplessis, Traité des testam. I s. 8; Denisart, Collection, v. Réserve coutum. nr. 31; Merlin, Rep. v. Rés. cout. § V. Dies entspricht der altgerm. Anschauung, vgl. Ed. Roth. 171, lex Salica 46, lex Ripuaria 48, lex Bajuw. 14, 9. lex Burg. 51, 2.

47) Vgl. Dupless is I s. 3. Lebrun, Success. III 4 nr. 25 f. Doch war die Ansicht nicht unbestritten; andere nahmen an, daß bei der Berechnung des Vorbehalts das Vermögen stets als Ganzes zu berücksichtigen sei und daß dann nur eben, wenn die eine Linie verletzt ist, diese verletzte Linie gegen die übrigen den Regreß habe. So Ricard, donations II 1 s. 3; so die von Merlin, Repert. v. Rés. cout. § III nr. 1 citirte Entscheidung von 1585.

dix livres regardans le branchage de sa mere vel e contra: s'il donne les dits cent sols qui ne sont que le tiers du tout de son heritage desdits deux branchages ensemble, tel don ne vault pas; car il ne peult donner que le tiers de cent sols au prejudice des heritiers regardans le branchage de sondit pere; autrement seroit desheriter ses heritiers.

Aehnlich die neue Coutume von 1560 a. 203.

Umgekehrt verlangte die Folgerichtigkeit, daß, wenn von mehreren solcher Zweige der eine Erbgut hatte, der andere nicht, nur der erstere dem Vorbehalt unterlag.[48] Dies mußte aber eine Ausnahme erleiden in den Gebieten, wo das Aufrückungssystem galt, und so in der That auch ausdrücklich Poitou (1560) a. 217: hier wird aus dem Aufrückungssystem die Folgerung gezogen, daß, wenn einer der Zweige keine Erbgüter aufweist, die Hälfte der ganzen Errungenschaft oder Fahrniß diesem Zweige als Erbgut dient.[49]

Wo der Vorbehalt nur im Fall des Vorhandenseins von Kindern angenommen wurde, war allerdings das kinderlose Erbe vorbehaltfrei; dabei kam es nicht auf das Vorhandensein von Kindern im Moment der Verfügung, sondern im Moment des Todes an, wie man dies insbesondere in Anjou in einem feierlichen Plenarbeschluß vom 18. Mai 1584 entschied; auf das Vorhandensein von Kindern, beziehungsweise auf das Erbewerden. Hier war also der Vorbehalt bedingt, bedingt durch die Anwesenheit, bedingt durch das Erbewerden von Kindern; mehr aber sagte die Bedingung nicht: wenn daher von mehreren Kindern eines verzichtete, so war der Vorbehalt der nämliche für die übrigen Kinder, wie er gewesen wäre, wenn alle Kinder die Erbschaft angetreten hätten; denn der ganze Nachlaß mit dem Vorbehalt fiel eben an die Erben, sofern nur die Bedingung erfüllt war, und ein Kind genügte, die Bedingung zu erfüllen.

Das Prinzip führte aber noch zu folgendem Schlusse: der gesetzliche Erbe hat kraft des Erbvorbehaltes eine bestimmte Quote des Nachlasses für sich, er hat also nicht bloß einen Werthanspruch, wie der Pflichttheilsberechtigte, er hat ein Recht auf die Nachlaßquote im Stück, er braucht sich nicht durch Zuwendung einer Geldsumme befriedigen zu lassen. Dies hätte in strengster Folgerung zu dem Satze geführt, daß der gesetzliche Erbe ein Quotenrecht in Bezug auf den Nachlaß mit allen Nachlaßstücken gehabt hätte; danach hätte also der Erblasser nicht ganze Nachlaßgegenstände, sondern nur Bruchtheile vergaben können. Von dieser Kon-

48) Vgl. Duplessis, Traité des testaments I s. 8.

49) Dazu vgl. Boucheul I p. 625 f.

sequenz hat man sich aber losgelöst: wie man sonst dem Erblasser das Recht der elterlichen Theilung gewährte, so gab man ihm das Recht, auch die Quotentheilung zwischen dem Vorbehaltserben und dem Bedachten selbst zu vollziehen. Man faßte also das Recht des Erblassers so auf: er habe das Recht, nicht nur eine Quote, z. B. ein Fünftel, einem Dritten zuzuwenden, sondern auch das Recht, die Abtheilung zwischen dem Fünftel und dem Vorbehaltgut ins Werk zu setzen. Die offenbaren Vortheile dieses Systems haben schon früh zu dieser Modifikation geführt. Es wird insbesondere vertreten von Beaumanoir XII 369:

Se aucuns lesse le quint de son eritage et li eritages soit en pluseurs pieces, il le puet lessier en une piece, s'il veut; mes qu'il ne vaille plus que le quint de tout.

So auch ausdrücklich verschiedene Landrechte, z. B. Valois (1539) a. 85.[50]

Daher die Parömie: Quand il est permis de disposer d'une portion de ses biens, on la peut toute assigner sur une seule pièce; so Loysel 306.

In manchen Rechten wurde das Recht des Vorbehaltserben noch in der Art gesteigert, daß der Vermächtnißnehmer, wie heutzutage nach dem B.G.B., kein dingliches Recht, sondern nur einen obligatorischen Anspruch auf die Vermächtnißsache erlangte; so Audenarde (1615) XX a. 9; so Assenede (1619) XXI a. 4; Termonde (1629) XVIII 1, 4 und 6; ja man gab dem Erben das Recht, den Vermächtnißnehmer in Geld abzufinden, so Furnes (1615) XX a. 8; Waes (1618) V a. 1.

Aus dem Prinzip des Vorbehalts folgt endlich, daß es keine Enterbung giebt. Es giebt nur eine Erbunwürdigkeit, denn der Vorbehaltserbe hat die Erbschaft vom Gesetz, nicht vom Erblasser; so auch Beaumanoir XII 382: Mes voir est que des quatre pars de mon eritage ne puis je pas oster a mes oirs ce que drois et coustume donne, pour nul des cas dessus dis.

Nur ausnahmsweise wird das Enterbungsinstitut dem römischen Rechte entlehnt und auf das Vorbehaltssystem übertragen;

so in Berry (1531) XVIII 5: si n'est qu'il y eust quelque juste cause d'exheredation de celles qui sont exprimées en droict ou semblables et ayant mesme raison ..... a. 6 Toutesfois audit cas d'exheredation, s'il y avoit plusieurs enfans et qu'il n'y eust ingratitude, si n'est pour le regard de l'un, iceluy seul sera exheredé,

---

50) So auch eine feierliche Entscheidung des Pariser Parlaments 1665, citirt von Basnages zu a. 431 Cout. de Norm. (Ed. 1778 II p. 250.)

et neanmoins toute la moitié .... appartiendra aux autres qui ne sont ingrats — — letzteres ganz entsprechend der oben aufgestellten Regel, wonach, wenn auch nur ein Kind vorhanden ist, der Vorbehalt der gleiche bleibt;

so Clermont en Argonne (1571) VII 6, Bassigny (1580) a. 148: Le testateur pourra exhereder son heritier ou heritiers pour les causes exprimées de droict, et non autrement;

Lothringen (1594) XI 12: Les enfans peuvent estre exheredez par le pere ou la mere pour cause d'ingratitude notable commise envers, eux deument verifiée.

Die Enterbungsgründe sind dabei mehr oder minder in das richterliche Ermessen gestellt, oder es wird auf das römische Recht verwiesen; dazu aber kam seit dem Edikte Heinrich II. vom Februar 1556 ein weiterer Enterbungsgrund: der Enterbungsgrund der heimlichen, ohne elterliche Genehmigung geschlossenen, Ehe. Das Edikt sagt in a. 1 Folgendes:

que les enfans de famille, ayans contracté et qui contracteront cy après mariages clandestins contre le gré, vouloir et consentement et au desceu de leurs pères et mères, puissent pour telle irrévérence et ingratitude, mepris et contemnement de leursdits pères et mères, transgression de la loy et commandement de Dieu et offense contre le droict de l'honnesteté publique, inséparable d'avec l'utilité, estre par leursdits pères et mères et chacun d'eux exheredez et exclus de leurs successions, sans espérance de pouvoir quereller l'exheredation qui ainsi aura esté faite.[51] — —

§ 10.

So weit der Erbvorbehalt. Daß er unter bestimmten Fortbildungen im Stande war, den Postulaten des Kulturlebens zu entsprechen, ist bereits ausgeführt worden, und es wurde zugleich gezeigt, daß verschiedene Rechte in kühnem Fortschritt dem Institut die moderne Fassung gegeben haben. Das thaten aber andere Coutumes nicht, und vor allem nicht

51) Später mehrfach bestätigt; so durch Gesetz vom Mai 1579 a. 40 und 41, so durch Gesetz vom 26. November 1639 und durch Gesetz vom März 1697 a. 6. Vgl. dazu auch Fleury, Institutions de droit franç. I p. 339, Furgole, Traité des testam. VIII sect. 2 nr. 68. Aehnliche Bestimmungen finden sich allenthalben; in einer Verordn. v. Carpi v. 1446 (Statuta, Ed. Mutinae 1884 p. 106) ist verfügt, daß, wer sich ohne Zustimmung des Vaters verlobt, nur die Hälfte der legitima begehren kann, u. a.

das wichtigste und bedeutendste Stadtrecht, das Stadtrecht von Paris; und die Folge war, daß man das römische Recht zu Hilfe nahm.[52] Diese vom deutschen Rechte ablenkende Entwickelung wurde allerdings durch die großen Coutumisten ganz besonders begünstigt, in erster Reihe durch Pierre des Fontaines. In einer berühmt gewordenen Stelle seines Conseil XXXIV a. 10 sagt er:

Trop est cruels ceste sentence et contre humanité que aucunes genz dient, que li pères puet doner auquel qu'il vorra de toz ses enfanz toz ses chateus et toz ses muebles et toz ses conquez, ou à estranges, nis s'il n'est einsi qu'il n'eit fors muebles et conquez, dont ce seroit contre tot droit et contre les lois escrites; dont je voeil que tu saches que je entent einsi que li pères puet fère sa volenté de ses conquez, c'est que il puet deviser à sa volenté de ses conquez entre ses enfanz, et doner en plus à l'un que à l'autre, si que li plus qu'il done à l'un n'amenuist trop le don à l'autre .... Et se il done par son devis toz ses biens as estranges et noiant à ses enfanz, par les lois escrites auroient tot li enfant, et li estrange noiant. Mès bien sofferra nostre usages, s'il est bien entenduz, que li estranges en ait un autretele partie come uns dez enfanz selonc le nombre qu'il en i a; car en doit molt cuidier que cil, à qui li pères dona einsi toz ses biens et trespassa ses enfanz, avoit fait au père aucun servise, por quoi li pères le devoit amer autretant come un de ses enfanz; mès plus ne le devoit-il pas amer, tant come à départir ses biens monte.

Mit dieser geistreichen Wendung kommt unser Coutumist über die unbequeme Rescissionswirkung der querela inofficiosi testamenti hinweg: das Kind solle dem Bedachten, der Bedachte dem Kinde gleichstehen; nur in einem Falle solle es zur Vernichtung des ganzen Testamentes kommen, wenn nämlich die Bestimmung in odium liberorum gemacht ist:

Et ce tenra bien nostre usages, s'il n'apert tot apertement que li pères ait fait tel devis plus por la haine des enfanz que por service que cil li eust fet, car en tel cas n'auroit li estranges riens dou devis, ainz auroient tot li enfant ....

Von dem Ganzen soll nur eine Ausnahme bestehen: wenn die Kinder sich schlimm gegen den parens benommen haben:

52) Daher auch die Erscheinung, daß man in Rechten des Fortschritts, wie Anjou, die römische legitima nicht anwandte; vgl. die Entscheidung von 1624 bei B. de Richebourg IV p. 563 Note h; in andern kam sie nur im Verhältniß der Kinder unter sich zur Geltung (vgl. unten S. 273).

voirs est, se li enfant ne s'estoient malement contenu vers le père, si qu'il ne fussent mie digne d'avoir ses biens; car en tel cas seroit tenuz li devis au père qu'il fist à l'estrange.

Das gelte nun, wenn die Erbschaft nur aus Errungenschaften oder nur aus Fahrniß oder aus beidem bestehe. Wie aber, wenn daneben noch Erbgut hinterlassen ist?

se li pères a héritages et conquez, et li héritages sofist à la sostenance as enfanz, de ses conquez et de ses muebles puet fère plénièrement sa volonté auquel qu'il vorra de ses enfanz ou à estranges. Et se li héritages est petiz et li conquest sont grant, et si que li héritage ne sofisent pas à la sostenance as enfanz, de son conquest ne puet deviser fors ce qui sormonte la sostenance as enfanz;

was der Coutumist noch mit folgender einleuchtenden Bemerkung begründet:

car, qui doit mielz estre sostenuz de la sostenance au père, que li enfant qui sont de son propre sanc et qui il doit norrir selonc nature et porveoir selon les lois? Et ce que l'en dit que li pères puet fère sa volenté de ses conquez et de ses muebles, c'est voirs quant il n'a nul enfant; et s'il les a, il sont si porveu par le père ou porchacié par els-meismes, qu'il ont bien de quoi avoir lor sostenances.

Dieses Recht haben die Abkömmlinge, es haben es die Eltern, nicht auch Bruder und Schwester;

mès bien puet et doit soffrir nostre usages que père ou mère i aient cele meismes droiture que li enfant i ont ... also auch die Eltern haben ein Pflichttheilsrecht, nicht aber die Geschwister (ib. 11).

Diesem System seines Vorgängers folgt Beaumanoir durchaus; nur weiß er mehr den romanistischen Ursprung zu verhüllen: das römische Recht ist ihm nicht droit écrit, es ist ihm Naturrecht, und die Befugnisse der Kinder stützt er auf das ihnen von selbst zustehende jus sanguinis.

So sagt er XII 382: Nous avons dit ... que chascuns puet lessier en son testament le quint de son eritage et ses muebles et ses conquès. Nepourquant, se li remanans de son eritage n'est pas si grans, qu'il soufise a la soustenance de ses enfans, et li mueble et li chateus sont grant, et il n'en lesse nul a ses enfans, ainçois les lesse tous a estranges persones: nous ne nous acordons pas que teus testamens soit tenus, ainçois doit estre retrait du testament tant que li oir puissent resnablement (vivre et) avoir leur soustenance selonc leur estat ...

Im Uebrigen wiederholt auch Beaumanoir (§ 385) den Satz,

daß die ganze Verfügung hinfällig wird, wenn das Testament in odium der Kinder sei: car il apert que cil qui fist le testament fu mal meus encontre reson (color dementiae!). Und ebenso spricht er, LXX nr. 5, von den dons outrageus, wenn etwa der Erblasser dem einen Kinde alles geben wolle, dem anderen nichts: se li dons fu si outrageus que li autre en demorent deshireté, li dons n'est pas à soufrir; und in XXXIV 23 zählt er diesen Fall unter den ungesetzlichen und darum nichtigen Vereinbarungen auf.

Weiß auf solche Weise Beaumanoir seine romanistische Bildung geschickt zu verhüllen, so ist es anders mit dem Juristen von Tournay, mit Bouteiller, Somme Rurale tit. 103; er stellt sich völlig auf romanistischen Standpunkt, er behandelt übermäßige Verfügungen romanistisch als inoffiziös und citirt dabei Stellen des Corpus juris. Auf das geschriebene Recht: droit et coustume bezieht sich auch der Verfasser des Libre de droiz (14. Jahrh. aus Poitou):[53] si .... la donnaison fust excessive et telle que ne se pueust soustenir par droit ou par coustume, la donnaison ne se anéantera pas pourtant du tout, mais se restraindra et mectra à estat selon droit ou coustume en tant et en telle partie, comme poura valoir.

So war auch der große Coutumist des 16. Jahrhunderts, Dumoulin, ein Hauptvorkämpfer der legitima. Sein Einfluß brachte es dahin, daß das neue Pariser Stadtrecht (1580) a. 298 ihrer besonders Erwähnung that, und an verschiedenen Stellen, namentlich in seinen Consilien, in Consilium 29 und 35, behandelt er die legitima als geltendes Recht und entwickelte ihre Rechtsgrundsätze nach dem Corpus juris; und wie sehr der romanistische Pflichttheil im 16. Jahrhundert bei den Pariser Gerichten anerkannt war, bestätigen die Noten von Charondas le Caron zu Bouteiller, wo Entscheidungen von 1558 und 1592 angeführt sind. Außerdem werden auch Entscheidungen von 1583, 1585, 1589 erwähnt.

§ 11.

In den Gewohnheitsrechten des Südens findet sich das römische Notherbsystem in doppelter Form.

Bald ist das formelle Notherbrecht allein durchgedrungen, und man gab ihm die Wendung: die Eltern dürfen ihre Kinder nicht unerwähnt lassen, sie müssen ihnen etwas hinterlassen; es genügt aber eine minimale Summe: sie ist das Zeichen, daß der parens an das Kind gedacht hat; dem muß sich das Kind im Gehorsam fügen.

---

53) Ed. Beautemps-Beaupré.

So das Stadtrecht von Montpellier (1204) a. 55: parens potest, quidquid voluerit, relinquere liberis; et si modicum sit relictum, non possunt liberi conqueri, sed in omnibus et per omnia, sine questione debiti bonorum subsidii vel ejus supplementi, liberi debent parere voluntati parentum et suis legatis esse contenti.[54]

Darum soll auch die Quart nicht mehr gewahrt werden:

a. 56: In substitucionibus voluntas defuncti servari debet de cetero, omni loco et tempore sine beneficio legis Falcidie ...[55]

Und ebenso das Recht von Carcassonne.[56]

Noch deutlicher tritt der römische Ursprung dieser Bestimmungen hervor im Recht von Toulouse (1283) Rubr. de haered. instituendis (B. de Richeb. IV p. 1059); hier heißt es quod homo .. debet filium suum seu filios instituere haeredem vel haeredes in testamento suo; allein er braucht ihm effektiv fast nichts zu hinterlassen: vel dare ei vel eis in dicto testamento aliquid, scilicet quinque solidos Tolosanos vel amplius de bonis suis, ut eidem testatori placuerit pro voluntate ejus vel eorum inde facienda;
sonst ist das Testament nichtig: alias testamentum ipsius non obtimet roboris firmitatem contra filium vel filios antedictos.

Daß man aber dem Kinde nur 5 sol. zu hinterlassen brauche, ist in der Rubr. de testam. (p. 1058, 1059) a. 3 nochmals gesagt:

si aliquis habeat filium vel filiam ex uxore sua et in ultima voluntate sua relinquat vel dimittat sibi usque ad quinque solidos Tolosanos vel amplius, vel valorem quinque solidorum Tolos., vel amplius, vel centum solidos Tolosan. vel mille solidos Tolos., vel amplius, vel eidem placuerit testatori jure institutionis vel appartiamenti pro sua voluntate facienda, et alium extraneum vel non extraneum instituat sibi haeredem in caeteris bonis suis, dicta filia vel filius non potest postea venire contra testamentum patris ratione suae legitimae portionis nec ipsum in aliquo oppugnare. — —

Uebrigens gehörten diese Bestimmungen zu den 20 von Philipp dem III. (1283) reprobirten Artikeln;[57] sie waren aber vorher in lang-

---

54) In Aigrefeuille, Histoire de Montpellier II, und in Giraud, Essai I: Append. p. 47 f.

55) Falcidia hier zugleich für Pflichttheil, wie Petri Exceptiones I 12, 17 und wie bekanntlich in der lex Romana Curiensis (VIII 5, XVIII 3, XXII 11) und in den rhätischen Urkunden (Zeumer, Vorrede zur lex Rom. Cur. p. 301).

56) Bei Giraud ib.

57) Z. franz. Civilrecht V S. 392; Tardif, droit privé au XIII siècle p. 68, der übrigens die Bestimmung gründlich mißversteht.

jähriger Uebung und scheinen auch später noch aufrechterhalten worden zu sein: sie finden sich in vollem Texte in der Sammlung bei B. de Richebourg.

Entsprechend ist auch in den Landrechten von Labourt (1514) und Sole (1520) gesagt, daß der Testator zwar im Allgemeinen über die Errungenschaften beliebig verfügen dürfe, doch müsse er einem jeden Kinde wenigstens etwas davon hinterlassen (er dürfe es nicht ganz übergehen), Labourt XI 3, Sole XXVI 3; so an letzterer Stelle:

provedit que, si a enfants, laixi à cascun dequets quoauque cause deusdits adquisits, per petit que sie, sens que los enfants pusquen autre cause demandar.

Eine solche Schein-legitima findet sich auch in nördlichen und östlichen Rechten; in Metz (1611) VIII 8 brauchen die Eltern jedem Kinde nur 12 deniers, im Bisthum Metz (1601) X 2 nur 5 sols zu hinterlassen.

§ 12.

Im Gegensatz dazu stehen die Rechte des Südens, welche vom römischen Pflichttheilsrechte ausgehen.[58] So das Statut von Bragerac (Bergerac) aus dem Jahr 1322: hier handelte es sich darum, das eine römische Recht gegen das andere, das Justinianische Recht gegen das Recht des Breviars zu setzen: die legitima verstand sich hier von selbst; war sie aber verletzt, so führte dies nach dem Breviar zur Aufhebung des Testaments, wenn der Erblasser nicht eine eventuelle Ergänzung verfügt hatte, c. 4 C. Theod. 2, 19 und die Intepretation dazu; nach Justinian (c. 30 de inoff. test.) aber gilt bekanntlich auch ohne solche Ergänzungsbestimmung die actio suppletoria: dem letzteren folgt nun das Statut:

(gravatus) non potest querelare seu impugnare dictum testamentum quin teneat, sed quod agere possit ad supplementum legitimae, et esto quod non contineatur in dicto testamento, quod dictum filium suum instituit haeredem in dicta portione, propter hoc non rumpitur testamentum (B. de R. IV p. 1020.) —

Hier ist allerdings die Justinianische Einsetzungspflicht unberücksichtigt geblieben; allein es ist begreiflich, daß diese gegen die actio suppletoria zurücktrat. Man vgl. auch lex Romana Cur. XXV 9 nr. 3.

Anders im Rechte der Burgund v. 1459: dieses hat noch die Einsetzungspflicht, und es hat sie bei Strafe der Nichtigkeit; dies letztere

---

58) Aehnlich wie italienische Statuten, z. B. Castellarquato (1445) IV 22 u. a.

haftete hier mit besonderer Zähigkeit, sprach doch dafür auch eine Stelle der lex Romana Burgundionum;[59]

daher heißt es:

VII 3: est tenu de delaisser à ses vrais heritiers sadite legitime . . . par droit d'institution, ou autrement ledit testament et ordonnance est nul.

Die Höhe der legitima ist die der Justinianischen Novelle: $^1/_3$ oder $^1/_2$ je nach der Zahl der Kinder.[60]

Und so finden wir den Pflichttheil in Bayonne (1514) XI 9; er ist eingeführt als neue Bestimmung; er beträgt hier die Hälfte:

si le pere ou mere donnent ou laissent tous lesdits biens avitins à un des enfans, chacun des autres enfans pourra quereller et demander esdits biens avitins la moitié de ce que pourroit monter la legitime, telle que de droit.

So finden wir die legitima der Kinder in Marsan, des success. a. 8; und in Bordeaux (1520) steht neben der legitima der Kinder (a. 63. 75, 76) die der Ascendenten: sie ist $^1/_3$; und konkurriren die Ascendenten mit Geschwistern, so nehmen diese an der legitima Theil, a. 57, 64 — letztere unrömische Bestimmung entspricht sicher dem oben entwickelten Gedanken des Erbvorbehalts, sie beruht auf Einwirkung germanischer Anschauung.

Ist in diesen Rechten die legitima mehr oder minder ursprüngliches, althergebracht römisches Recht, so ist die légitime der nördlichen Rechte ein künstliches, durch das Studium des römischen Rechts und den Einfluß der Coutumisten in das heimische Recht hineingetragenes Gebilde. Näher geregelt wird es nicht — dafür hatte man das römische Recht, meist wird seiner nur kurz Erwähnung gethan.

Als Beispiel möge dienen:

Chartres (1508) a. 88: pourveu que par ladite donation les enfans des donateurs ne soient point privez de leur legitime part et portion à eux deue de droict de nature;

a. 91: et que les enfans des testateurs ne soient privez et frustrez de la legitime à eux deue de droict de nature;

Ganz ähnlich Dreux (1508) a. 76, 81, 82; Chateauneuf en Thimerais (1552) a. 109. 113.

Sodann Montargis (1531) a. 227: sauf la legitime aux

59) Vgl. Lex Romana Burgund. 45: Testamenta vero, quibus filiis et nepotibus Falcidia non demittitur, nullo jure subsistunt. Vgl. auch lex Burg. 51.

60) So a. 7. Nach a. 3 ist die Höhe stets $^1/_3$, welche Bestimmung jedenfalls die ältere ist.

enfans et autres descendans en drocite ligne, de laquelle demoureront saisis sans fraude; ähnlich a. 238.

Aehnlich auch Laon (1556) a. 51, 60 (bei Schenkung und Testament); die Bestimmung lautet hier:

sauf toutesfois ausdits enfans de pouvoir debattre telle donation par querelle d'inofficiosité, selon raison escrite;

und beim Testament:

reservée aux enfans la querele du testament inofficieux.

Sodann auch Rheims (1556) a. 232, 292 und Noyon (1556) a. 20, 18, 19, 16 (querelle de donation inofficieuse).

Und so Chalons (1556) a. 63: reservée ausdits enfans la querelle d'inofficieuse donation; a. 70: reservée aux enfans la querelle du testament inofficieux selon raison escrite; und S. Quentin a. 14 und 22.

So bezüglich der Schenkung:

Senlis (1539) a. 217. 219 (si à ce l'heritage propre ne peut fournir), Auvergne (1510) XIV 40, 16, 23, XV 4, Verdun V 1, Nivernais (1534) XVII 7, Sens (1555) a. 89, Dourdan (1556) a. 91, Melun (1560) a. 232, Auxerre (1561) a. 218, Peronne (1567) a. 107, Chimay (1621) II 7;

bezüglich des Testaments:

Bassigny (1580) a. 156 und Orchies (1618) II 1.

Nur wenige Rechte gehen auf das Institut genauer ein; es sind Valois (1539), Berry (1539), Bourbonnais (1521), Clermont en Beauvoisis (1539), Paris (1580), Calais (1583), Orléans (1583), Chauny (1609).

Valois a. 133 sagt: où au jour de son trespas se trouveroit la donation immense, en sorte que la legitime ne fust entierement reservée à ses autres enfans, sera [de] ladite donation desduit et deffalqué, ce qui s'en faudra de ladite legitime (eu regard aux biens donnez et ceux dont mourra saisi le donateur) venant au profit des heritiers, et sera tel donataire tenu restituer pour lesdites legitimes ce qu'il se trouveroit deffaillir de ladite legitime; et à ce sont les choses données, du jour de la donation, hypothequées. Mit letzterer Bestimmung gab man eine, dem Erbvorbehalt verwandte, dingliche Sicherheit.

Berry (1539) VII 10. Da hier die réserve die Hälfte des Vermögens ausmacht, so kommt die legitima nur für die Vertheilung des Erbes unter die Kinder in Betracht: en laissant la legitime telle

que de droict aux autres, pour le regard de laquelle legitime, si la donation excede, sera reputée nulle et de nul effet et valeur.

Bourbonnais (1521) a. 216 spricht aus gleichem Grunde nur von der legitima bei der elterlichen Theilung unter die Kinder und sagt: se peut bailler ladite legitime en chose certaine, et s'il estoit moins delaissé à l'un des enfans que de sadite legitime, elle est suppléée par les autres enfans pro rata, ledit partage demeurant au residu en sa force et vertu.

In Clermont en Beauvoisis aber heißt es a. 129: jusques à la concurrence de la legitime, si le reste desdits biens n'estoit suffisant pour le supplement de ladite legitime lors du decez du donateur, et, quant à ce, seront lesdits biens ainsi donnez et advantagez deslors affectez et hypothequez jusques à la concurrence d'icelle legitime.

Die anderen 4 Rechte aber setzen, ebenso wie Bayonne, die legitima auf die Hälfte des Intestaterbtheiles fest; sie entsprechen damit dem Gedanken Pierre des Fontaines, daß Kinder und eingesetzte Dritterben einander gleichstehen sollen, da das Kind das Recht des Blutes, die Eingesetzten aber den Willen des Erblassers für sich haben. Die Stelle lautet fast übereinstimmend in Paris a. 298, Orléans a. 274, Calais a. 85 folgendermaßen:

La legitime est la moitié de telle part et portion que chacun enfant eust eu en la succession desdits pere et mere, ayeul ou ayeule ou autres ascendants (soit en meuble ou immeuble, so *Orléans*), si lesdits pere et mere ou autres ascendants n'eussent disposé par donations entre vifs ou derniere volonté ....

In Chauny IX 49 heißt es: pourveu neanmoins que la legitime soit reservée aux autres enfans, laquelle legitime est la moitié de ce qu'eust peu succeder ledit enfant ab intestat.

§ 13.

Der Pflichttheilsanspruch ist ein jus sanguinis; er gehört dem Erben, also insbesondere dem Kind in der Eigenschaft als Kind, nicht als Erben; er setzt daher kein Erbewerden des Kindes voraus und ist kein Anspruch auf einen Theil der Erbschaft, auf eine pars hereditatis.[61] Er ist ein Werthanspruch, nicht ein Anspruch auf Herausgabe von Vermögen

61) Ganz verkehrt war daher die Behandlung im Sächsischen Gesetzbuch § 2589.

im Stück, ein Werthanspruch auf einen nach dem Werthe des Gesammtvermögens auszuschlagenden Betrag.

Der Pflichttheilsanspruch entsteht aber nur dann, wenn dem Kinde nicht so viel hinterlassen ist, daß der Werth des Pflichttheils gedeckt ist; ist ihm dies hinterlassen, so hat sich das Kind zunächst hieran zu halten: ein Anspruch auf Zahlung eines Geldbetrags ist nicht gegeben, denn der Pflichttheilsanspruch ist nicht eigentlich ein Pflichttheilsanspruch, er ist ein Anspruch auf Ersatz wegen verletzten Pflichttheils.

Daher mußte sich im altfranzösischen Recht auch die Frage entwickeln, die in unserem B.G.B. §§ 2305, 2306 zum Austrag gebracht ist: kann das Kind, das ja nach dem germanisch-französischem Rechte stets Intestaterbe zu seinem Intestattheil ist, auf sein Erbrecht verzichten und den Pflichttheilsanspruch erheben? eine Frage, die mit der vorigen über die Natur des Pflichttheils nicht verquickt werden darf. Diese Frage verneinte aber Dumoulin,[62] und mit Recht; er meinte mit Recht, daß das Kind, welches auf die ihm eröffnete Erbschaft, in der es seinen Pflichttheil zu finden vermag,[63] verzichtet, den Pflichttheilsanspruch höchstens insofern erheben kann, als etwa der Erbtheil wegen Schenkungen des Erblassers den Pflichttheilsbetrag nicht zu bieten im Stande ist — insofern ist immerhin ein Ergänzungsanspruch gegeben, und es ist kein Grund vorhanden, solchen darum zu versagen, weil das Kind auf den Erbtheil verzichtet; dies also insbesondere wenn die Erbschaft und damit der Erbtheil überschuldet ist. So Dumoulin im Consil. XXXV: quando aliquid superest sufficiens ad legitimam ..., si jacentem parentis ... hereditatem repudiat, se ipsum excludit.[64] Ist aber der Nachlaß überschuldet, dann ist eben aliquid sufficiens nicht vorhanden und die Ausschlagung unschädlich; so entschied denn auch ein berühmtes Pariser Urtheil von 1685.[65]

Daraus ist leicht ersichtlich, wie der Pflichttheilsanspruch im altfranzösischen Recht, wo es keine Erbeseinsetzungen gab und die Intestaterbfolge obligatorisch war, seine Richtung namentlich gegen die Schenkungen nahm. Daneben konnte die Frage der Socinischen Kautel hervor-

---

62) Die Aeußerungen Dumoulin's sind analysirt bei Cuënot, Droits de legitime p. 205 f.

63) Wobei noch zu beachten ist, daß die Belastungen des Erbtheils, soweit sie den Pflichttheil numerisch schmälern, von selbst hinfällig werden.

64) Molinaei op. III p. 2407. Vgl. auch darüber Lebrun, Success. II 3 s. 1 nr. 9 f. u. 29, Julien, Commentaire sur les statuts de Provence (1778) II p. 517 f.

65) Bei Lebrun a. a. O. nr. 29 (Ed. 1775 I p. 261).

treten und die Frage, ob eine solche nicht gesetzlich anzunehmen sei — eine Frage, die bekanntlich das B.G.B. in § 2306 bejaht hat; vgl. auch C. civ. a. 917.

Auf diese und andere Fragen des altfranzösischen Rechts und auf die Praxis der französischen Parlamente Paris, Toulouse, Bordeaux, Grenoble einzugehen, muß ich mir hier versagen, so auch auf die Frage, ob und welche legitima den Kindern des Verurtheilten zukam;[66] es gehört dies zur Dogmengeschichte des römischen Rechts, und wir haben hier über das Abendroth germanischer, nicht über das siegreiche Aufsteigen römischer Rechtsgedanken zu berichten. Ich muß dies unterlassen, so sehr es reizen würde, hier auch diese Dogmengeschichte zu geben — in Anerkennung dessen, wie sehr unser Jubilar gerade auf die Dogmengeschichte und auf die Fortbildung des römischen Rechts im Mittelalter hingewiesen hat.[67]

§ 14.

Denkbar wäre es nun immerhin gewesen, daß die römische legitima sich dem deutschen Erbvorbehalt assimilirt und zu dessen weiterer Entwicklung beigetragen hätte; es wäre möglich gewesen, daß die Geschichte sich der legitima als eines Fermentes bedient hätte, um den Erbvorbehalt modern umzugestalten; es ist nicht geschehen: derartige Entwicklungen vollziehen sich in Zeiten verschwommener Unklarheit der Begriffe, wo die deutlichen Konturen fehlen und darum der eine Stoff in das Gefüge des anderen hineingegossen werden kann. Die Unklarheit ist ein fruchtbares Moment der Geschichte, sie ist ein Haupterreger des Gewohnheitsrechts; sie ist der Nährboden, auf dem neue Rechte entstehen: denn unklar, wie die geniale Stimmung des schaffenden Künstlers, ist die geniale Bildung des Rechtes. Ich spreche dies heute aus, ohne fürchten zu müssen, deswegen so gründlich mißverstanden und so befehdet zu werden, wie zu der Zeit, wo ich den Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz schrieb. Die Gegner, die mir damals wurden, haben von der Geschichte des Rechtes völlig Unrecht bekommen, und wem der historische Blick für das Weltrecht gebricht, mit dem brauchen wir heutzutage nicht mehr zu disputiren.

---

66) Vgl. z. B. Bouhier, Coutumes du duché de Bourgogne (1746) II p. 196 ff.

67) Vgl. darüber die in meinem Aufsatz bereits citirte Litteratur; sodann Boissonade, histoire de la Réserve héréditaire (1877) p. 277 f., Cuënot, Droits de légitime et de réserve (1877) p. 197 f. Man vgl. namentlich auch in Merlin's Repertoire den Titel Légitime, der mit ganz besonderer Ausführlichkeit behandelt ist, und auch Denisart, v. Légitime.

Diese Unklarheit existirte aber nicht: die Jurisprudenz war zu sehr vorgebildet, das römische Recht zu sehr bekannt, die Rechtslehre zu sehr entwickelt, als daß der wesentliche Unterschied zwischen Erbvorbehalt und Pflichttheil nicht sofort erkannt worden wäre.

In der That finden wir denn auch den Unterschied von den Schriftstellern des 17. oder 18. Jahrhunderts in überraschender Klarheit dargestellt.

Nichts ist deutlicher, als die Stelle bei Ricard († 1678), Donations III ch. X s. 1 nr. 1463 (Ed. 1713 I p. 748):

en expliquant et pratiquant nos coutumes, nous en avons suivy absolument l'esprit et étably par un usage qui n'est point contesté, et duquel nous ne devons pas nous départir, que celuy qui n'est pas actuellement heritier, ne doit point prendre part dans les quatre quints des propres, soit par droit de retention ou autrement. Nos coutumes ne donnant en effet ce droit qu'à ceux qui portent le titre d'héritiers, ce qui ne convient pas à un légataire qui renonce à la succession à laquelle il étoit appelé, pour conserver la disposition faite en sa faveur; au lieu que la légitime est principalement attachée à la qualité d'enfant et à l'obligation qu'un pere a naturellement de laisser des alimens à ceux qu'il a mis au monde et ausquels il doit donner moyen de subsister.

Lebrun († 1708) handelt in seinem Werk über die Succession von der „légitime" in II 3 und von den „réserves coutumières" in II 4.

Die légitime definirt er II 3 nr. 1, wie folgt: La légitime est une portion de ce qu'on auroit eu sans les dispositions entre-vifs ou testamentaires ...; und von der réserve sagt er II 4 nr. 1: (La réserve) n'est point une légitime, mais un droit qui compose ou qui augmente la succession ab intestat: car si quelqu'un a disposé de ses propres audelà de ce qui lui est permis par la coutume, cela se trouve de plein droit dans la succession ab intestat à cause de la nullité d'une partie de la disposition ..... (Ed. 1775 p. 254, 343).

Und ebenso klar Pothier, Don. I 3 a. 6 § 1; Introduct. zur Cout. d'Orleans XVI nr. 53; diese Stellen sind so leicht zugänglich, daß ich darauf verweisen kann.[68]

Bei diesem Sachverhalt ist es fast ein Wunder, daß der Code civil es vermochte, zum germanischen Recht zurückzukehren und es in der Weise umzubilden, wie es nöthig war, um den Postulaten des Rechtslebens zu entsprechen, daß man also hier vollzog, was das Pariser Stadtrecht nicht gethan hatte. Maßgebend war aber hier der Widerwille gegen das

68) Erstere ist auch in meiner Abhandl. S. 409 wiedergegeben.

Testament: es war der Geist Mirabeaus, dem das Testament und die väterliche Gewalt verhaßt waren, und diese Geistesrichtung mußte eher zum Erbvorbehalt führen, welcher die testamentarische Verfügung als Ausnahme erscheinen ließ, als zum Pflichttheil, welcher von der Freiheit der Verfügung ausgeht und nur eine Beschränkung in der Richtung der Verfügung festsetzt.

Hier hat also der Haß dem deutschen Rechte die Wege gebahnt, und wie häufig vermochte der Haß, was die Liebe nicht zu Stande brachte!

§ 15.

Werden wir es nun beklagen, daß das germanische Institut dem römischen zum Opfer fällt? Gewiß nicht; was in der Zeit sproßt, muß in der Zeit vergehen, und was die Sonne erzeugt, verdorrt sie wieder. Der Erbvorbehalt hätte in das ganze System des B.G.B. nur hineingepaßt, wenn man sich entschlossen hätte, vom römischen Testamente abzusehen und, wie der Code civil, die letztwillige Verfügung nur in der Gestalt des Intestatcodizilles zu gestatten. Der Erbvorbehalt setzt voraus, daß der Erbe stets der gesetzliche Erbe, daß der Erbe der Familienerbe ist. Ein Gesetz, welches es zuläßt, daß der Erblasser den Erben schafft, nicht Gott allein, kann mit dem Erbvorbehalt wenig beginnen; er muß zum römischen Mittel greifen und das Notherbrecht als ein vom Erbrecht getrenntes jus sanguinis konstruiren. Außerdem haben sich aber auch im französischen System Anstände gezeigt, die sich allerdings vielleicht mit gewissen Modifikationen hätten beseitigen lassen. Wie, wenn der Erblasser einem Kind ein bedeutendes Vermögen zugewendet hat und wenn das Kind nun, mit Rücksicht darauf, die Erbschaft ausschlägt und sie seinen Geschwistern überläßt? Wir finden es billig und natürlich, daß es hier die Schenkung behalten darf, nicht nur bis zum Betrag des Freitheiles, sondern auch in dem Betrag, der seinem Pflichttheil entspricht, sodaß der Beschenkte nur dann etwas herauszugeben hat, wenn der Pflichttheil der Anderen verletzt ist. Das germanische System des Vorbehalts aber verlangt eine ganz andere Behandlung: nach diesem ist der Vorbehalt ein unverfügbarer Theil des Erbgutes, der Notherbberechtigte kann zu diesem Theile nur als Erbe Zutritt erlangen; verzichtet er auf das Erbe, so verzichtet er damit von selbst auch auf den vorbehaltenen Theil: er verzichtet auf das Notherbrecht und darf daher von seiner Schenkung nur behalten, was dem Freitheil entspricht. Dies führt zu großer Schädigung und widerspricht unseren volksthümlichen Erwartungen. Hat ein Kind A. eine Schenkung von 100000 in Händen, während

80 000 im Nachlasse sind, und verzichtet nun das Kind A. auf das Erbe, um es ganz seinem Bruder B. zu lassen, so ist, bei einem Vorbehaltsystem von $^{2}/_{3}$, der Vorbehalt des Gesammtvermögens gleich 120 000 wovon auf jedes der beiden Kinder 60 000 käme, und der Freitheil wäre 60 000. Nach der Konsequenz des Vorbehaltssystems müßte nun A. durch seinen Verzicht auf den Nachlaß zugleich auf seinen Erbvorbehalt im Betrag von 60 000 M. verzichten, es könnte daher die Schenkung von 100 000 M. nur bis zum Betrag des Freitheils, also bis zu 60 000 behalten und müßte seinem Bruder 40 000 herausgeben, der somit 120 000 erhielte![69]

Dies führt zugleich zu folgendem mißlichen Resultat: Hat der Erblasser auf solche Weise dem Kinde eine Ausstattung gegeben und verzichtet es auf die Erbschaft, so ist nun, da das Kind nicht mehr Erbe und daher auch nicht Vorbehaltserbe ist, diese Zuwendung völlig in den Freitheil einzurechnen, bis zur Erschöpfung des Freitheils! und hat der Erblasser später Schenkungen gemacht, so können alle diese Schenkungen angegriffen werden, ganz gegen all sein Erwarten, gegen alle Billigkeit und gegen alle Lebensverhältnisse! Der Freitheil ist ja bereits erschöpft!

Vom Standpunkt der Konsequenz läßt sich dagegen nichts einwenden. Auch ich habe darum früher dieses System vertreten, es hat im Plenarurtheil des französischen Kassationshofes vom 27. November 1863[70] seine klassische Ausprägung gefunden.

Man hätte nun allerdings etwa durch eine Modifikation des Systems abhelfen können, und das wollte auch in Frankreich eine einflußreiche Bewegung, an deren Spitze s. Z. der Präsident des Kassationshofes Troplong, — zugleich ein Schriftsteller nicht ohne Geist, aber gänzlich unmethodisch und mit einem sträflichen Hang zu langathmiger kasuistischer Vielschreiberei, — stand. Allein diese Gegenströmung hat nicht gesiegt, und für uns wäre es sicherlich bedenklich gewesen, ein System zum Ausgangs-

69) Sollte es unbillig sein, daß der Beschenkte seine volle 100 000 behält? Man hat es behauptet für den Fall, daß das Vermögen des Erblassers zur Zeit der Schenkung größer war, z. B. das Doppelte betrug (360 000 M.). Man sagte: hier wollte der Erblasser dem A. nicht mehr schenken, als ihm in der Intestaterbfolge zuzukommen habe, die 100 000 sollten nur eine Vorauszuwendung auf den Intestaterbtheil von 180 000 sein; es sei daher billig, daß jetzt, wo das Vermögen auf 100 000 + 80 000 verringert ist, A. mindestens 10 000 herausgebe, damit auf solche Weise beide gleichstünden. Allein das würde wieder zu anderen Unbilligkeiten führen. Vielleicht hat A. die 100 000 gar nicht mehr; er hat sie wohl verbraucht, verloren! Daher hat das B.G.B. § 2056 bestimmt, daß, auch wenn A. Erbe wird, die Kollation nie zu einer Herauszahlung führen darf, sondern nur zur Anrechnung auf den Erbtheil.

70) Sirey 63 I p. 513.

punkte des Rechtes zu machen, das in seinen Grundvesten erschüttert ist und nur durch künstliche Stützen und architektonische Eingriffe erhalten werden kann.

Und so werden wir es denn billigen müssen, daß das B.G.B. den Erbvorbehalt nicht mit einer solchen Modifikation angenommen, sondern sich dem römischen Recht in die Arme geworfen hat, und so möge denn das Institut in das Dunkel der Vergangenheit versinken! mit frischem Muthe steuern wir in das Meer der Zukunft, ausgerüstet mit dem Werke, das die größte gesetzgeberische That der Gegenwart und zugleich eine der größten Thaten aller Zeiten darstellt .....

Paul Rehme.

Zur Geschichte des Münchener Liegenschaftsrechtes.

I.

Das Gerichtsbuch.

Eine Quelle des älteren Münchener Rechtes von hohem Werthe ist neben den Statuten (dem sog. Stadtrechte) vom Jahre 1347 das Gerichtsbuch.

Das Stadtrecht bestimmt: „Wer aigens sich verzeihen wil, der sol daz tuon mit gerichts hant vor den vier wenten; swenn man ain aigen in daz buoch schreiben sol, so sol man in dem buoch suochen, ob daz aigen iemant ste, und stünd daz aigen iemant vor, der sol vorvarn" (Art. 31);[1]

„Wer erb und aigen ze pfant wil setzen, der sol daz tuon vor gerichts in ofner schrannen in den vier wenden, und daz sol man schreiben in daz gerichtbuoch" (Art. 32);

„Swenn aber ainer sein aigen wil aufgeben vor[2] dem rechten, so sol man des richters schreiber darumb zuosprechen, daz er daz puoch les, ob daz selb aigen yemants pfant sey vormalen, und ist ez dann vormalen nicht gesetzet, so mag er ez dann wol aufgeben, als recht ist" (Art. 270).

Die Art und Weise, wie hier eines Buches, eines Gerichtsbuches Erwähnung geschieht,[3] macht es höchst wahrscheinlich, daß ein solches Buch im Jahre 1347 bereits längere Zeit in München in Gebrauch gewesen und nicht erst in Folge jener Vorschriften angelegt worden ist.[4] Denn es ist die Rede von dem Eintragen in „das" Buch, „das" Ge-

1) Das Stadtrecht wird angeführt nach der Ausgabe von Auer, Das Stadtrecht von München, 1840.

2) Vgl. die Textberichtigung bei Auer S. 374.

3) Auf die Bedeutung der Bestimmungen wird später eingegangen werden.

4) Homeyer, Die Stadtbücher des Mittelalters, in den Abhandlungen der Berliner Akademie, 1860, S. 36 begnügt sich damit, auf Grund jener Bestimmungen zu sagen, daß es „um 1347 bekannt" war.

richtsbuch, und die letzte der angeführten Verordnungen hat wegen ihrer speziellen Natur wohl eine Vergangenheit des Institutes zur Voraussetzung.

Im Münchener Stadtarchive ist ein derartiges Buch, das 1347 geführt wurde, nicht vorhanden, und es dürfte anzunehmen sein, daß es überhaupt untergegangen ist, wenn es in der That vorhanden war. Die im Münchener Stadtarchive aufbewahrten Handschriften, die als Fortsetzung jenes Buches erscheinen,[5] beginnen mit dem Jahre 1368. Der erste Band umfaßt die Zeit von 1368 bis 1391, der zweite reicht von 1391 bis 1401, der dritte von 1401 bis 1417, der nächste von 1522 bis 1530, der folgende von 1583 bis 1595; ihm schließt sich an eine größere Zahl von Bänden bis 1789. Die Reihe ist also zweimal unterbrochen: von 1417 bis 1522 und von 1530 bis 1583. Wir halten es jedoch für zweifellos, daß die Buchführung während dieser beiden Zeiträume nicht aufgegeben war, daß die entsprechenden Bände vielmehr verloren sind. Jedenfalls ist ein von 1417 bis 1427 reichender Band im zweiten Jahrzehnte des 19. Jahrhunderts noch vorhanden gewesen. Eine kleinere Zahl Eintragungen der älteren Bände, jedoch nicht des ältesten, haben Riedl[6] und Auer[7] veröffentlicht, jener aus der Zeit von 1417 bis 1427, dieser aus der Zeit von 1391 bis 1417.

Von den Handschriften werden heute die älteren Stadtgerichtsbuch, die jüngeren Stadtgerichtsprotokoll genannt. Früher wurden jene einfach als Gerichtsbuch, diese als Gerichtsprotokoll bezeichnet, wie sich abgesehen von den Statuten von 1347 und den späteren Ordnungen[8] aus zahlreichen Eintragungen[9] und den Aufschriften mancher Bände[10] ergiebt. Der Ausdruck Stadtbuch, der bekanntlich in zahlreichen Städten für derartige Handschriften vorkommt,[11] wurde in München in diesem Sinne nicht angewendet. Als Stadtbuch wurde in München die Zusammen-

---

5) Bei der Benutzung dieser Handschriften im Stadtarchive zu München im Herbste 1897 fand der Verfasser freundliches Entgegenkommen, für das er auch an dieser Stelle, namentlich Herrn Archivrath von Destouches, seinen Dank ausspricht.

6) Das Ewiggeld-Institut in München, 1819, Urkundensammlung S. 6—10; vgl. S. 23.

7) In seiner angeführten Stadtrechtsausgabe, Einleitung S. CXXX ff.

8) Vgl. Stadtrecht Art. 32 (oben S. 283), Gantordnung vom 19. Mai 1571 Art. 22 f. (bei Auer S. 239 ff.).

9) Vgl. z. B. Eintragungen bei Riedl Urkundensammlung S. 6, bei Auer Einleitung S. CXXXI Anm. 5 und unten S. 288.

10) Der 1522 beginnende Band nennt sich noch Gerichtspuech; der 1583 beginnende nennt sich Gerichtsprotucol.

11) Vgl. namentlich Homeyer S. 15 ff.

stellung der städtischen Satzungen bezeichnet,[12] ein Sprachgebrauch, der keineswegs vereinzelt dasteht.[13]

Wir betrachten hier näher die drei ältesten Bände des Stadtgerichtsbuches.

Der erste Band (1368—1391) enthält 249 Papierblätter, 30 cm hoch, 16½ cm breit, und hat einen weichen braunen Ledereinband. Ein Titelblatt, eine Titelseite oder auch nur eine Ueberschrift über den ersten Eintragungen ist nicht vorhanden. Der Band war ursprünglich weder paginirt noch foliirt; erst in neuerer Zeit ist er mit Blei foliirt worden. Die Eintragungen beginnen am Kopfe der ersten Seite und sind bis zur letzten Seite, die leer geblieben ist, fortgeführt. Sie sind über die ganze Seite (ohne Spalten) geschrieben. Randbemerkungen kommen nicht vor, nachträgliche Zusätze nur ganz vereinzelt. Die Eintragungen sind Beurkundungen von Rechtsakten in Satzform. Sie sind in deutscher Sprache abgefaßt. Am Schlusse der einzelnen ist nach dem Worte „Actum“ der Name eines Tages angegeben oder auf das Datum der vorstehenden Eintragung verwiesen (ut supra, eodem die u. ä.); die Jahreszahl ist dabei fast nie vermerkt. Jedoch steht die Jahreszahl (häufig mit „Anno Domini“) regelmäßig am Kopfe der linken der sich gegenüberstehenden Seiten, vereinzelt auch oder nur am Kopfe der rechten. Die erste Seite des Bandes hat keine Jahresangabe; am Kopfe der zweiten befindet sich: Anno Domini 1368. Die den Eintragungen der ersten Seite beigefügten Tagesnamen lassen es jedoch unzweifelhaft erscheinen, daß sie gleichfalls dem Jahre 1368 angehören. Manche Eintragungen sind durch Streichung gelöscht, und zwar schon auf der zweiten Seite.

Der zweite Band (1391—1401) enthält 159 Papierblätter, 29 cm hoch, 20½ cm breit. Das Format weicht also erheblich von dem des ersten Bandes ab. Er hat einen weichen gelben Ledereinband, von dem jedoch der hintere Theil fehlt. Das letzte (auf beiden Seiten beschriebene) Blatt ist losgerissen. Wie der erste Band ist er erst in neuerer Zeit mit Blei foliirt worden. Die Vorderseite des ersten Blattes ist ausgefüllt worden mit einer Briefabschrift, Federproben und einer Notiz, die sich

12) Vgl. Stadtrecht Art. 212: „Die gesworen sint von dem rat und von der gemain ze rat worden: ..... und sol fürbaz das recht in der stadt buoch staet und ewickleichen beleiben“; ferner die Anfangs- oder Schlußworte der Schreiber mancher Handschriften des Stadtrechtes, z. B.: „Hier hebt sich das stadtpuch an“, „Das statpuch hat ein end“ (Auer Einl. S. XLVII ff.). Vgl. auch das Zitat aus der Literatur bei Auer Einl. S. XXXII. Wohl in derselben Bedeutung satzpuech in dem Zitat bei Auer Einl. S. LXXXI.

13) Vgl. die Belege bei Homeyer S. 13 ff., wo jedoch auf München nicht hingewiesen wird.

nicht mehr in ihrem vollen Umfange ermitteln läßt, da ein Theil des Blattes abgerissen ist; die Rückseite ist leer geblieben. Am Kopfe der Vorderseite des zweiten Blattes steht ein Vermerk, der in Folge Beschädigung des Blattes unvollständig ist: Anno 1391. Hie ist ze merchen ... den heuser und den behabten recht einschre ..., und darunter beginnen die eigentlichen Eintragungen. Im Uebrigen gilt für diesen Band das vorhin über den ersten Gesagte. Nur fehlen die Jahreszahlen am Kopfe der Seiten sehr oft, und häufiger als im ersten Bande befinden sie sich auch oder nur am Kopfe der rechten Seite.

Der dritte Band (1401—1417) enthält 185 Papierblätter, 30 cm hoch, 20½ cm breit, und hat einen weichen gelben Ledereinband. Die Foliirung ist auch hier erst in neuerer Zeit mit Blei erfolgt. Die Vorderseite des ersten Blattes ist mit belanglosen Bemerkungen der Schreiber ausgefüllt; solche befinden sich auch auf der inneren Seite des hinteren Theiles des Einbandes. Auf der Rückseite des ersten Blattes stehen vier Eintragungen unter 1401; ein Drittel der Seite ist leer geblieben. Am Kopfe der Vorderseite des zweiten Blattes ist von anderer Hand geschrieben: Anno Domini 1402. conparatus est liber iste per manus Johannis dicti Gusser feria secunda proxima post festum Michahelis archangeli. Darunter stehen eigentliche Eintragungen, die den ganzen Band hindurch fortgeführt sind bis auf die letzten anderthalb Seiten, die frei geblieben sind. Die Jahreszahlen stehen meist auf der rechten der sich gegenüberstehenden Seiten, mitunter nur auf der linken oder auf beiden. Sonst gilt auch für diesen dritten Band das über den ersten Gesagte. Es fällt auf, daß in ihm die Schrift im Allgemeinen sorgfältiger ist als in den beiden früheren Bänden; namentlich in dem zweiten kommen häufig Schreibfehler vor.

Abgesehen von diesem Punkte ist in dem Zeitraume von 1368 bis 1417 keine nur irgendwie bedeutsame Aenderung in der Buchführung zu erkennen, insbesondere hinsichtlich des Inhaltes und der Form der Eintragungen.

Die Eintragungen sind Beurkundungen von Rechtsakten mannigfacher Art.[14] Rechtsgeschäfte über Liegenschaften wie über Fahrniß, ja selbst Akte öffentlichrechtlicher Natur bilden den Gegenstand der Eintragungen. Irgend eine Schranke für die Aufnahme von Rechtsakten scheint nicht bestanden zu haben. Immerhin treten gewisse Arten von Rechtsakten besonders häufig auf, so häufig, daß ihre Beurkundungen als die gewöhnlichen Eintragungen erscheinen. Für dieselben

14) Wenn Auer Einl. S. CLII sagt, daß das Gerichtsbuch „diente zur Einzeichnung aller Gerichtsvorgänge", so ist dies freilich nicht korrekt.

sind schon am Anfange des ältesten vorhandenen Bandes typische Formen erkennbar, eine Thatsache, die vollkommen mit der vorhin aufgestellten Behauptung im Einklange steht, daß schon Jahrzehnte vor 1368 das Gerichtsbuch in Gebrauch war; denn zur Entwickelung typischer Formen bedarf es einer geraumen Zeit: sie treten nicht sogleich bei oder bald nach Beginn der Stadtbuchführung auf. Den Charakter gewöhnlicher Eintragungen haben vor Allem zwei Arten. Als Beispiele[14a] derselben mögen aus dem Jahre 1368 folgende dienen:

Hansz [?] Trutter geit sein haus auf gelegen in dem tal an dem Weizzenhorn mit gerichts hant Seyfriden dem Klingen und hat ims gevertigt mit dem ayd. Actum feria quarta post Ulrici.

Chunrat Leo der Chramer seczt sein haus gelegen pey dem Krotental pey der maur mit gerichts hant Dietreichen dem Weygel für 16 gulden. Actum sabbatho post Jacobi.

In der ersten Eintragung wird das „Aufgeben" einer Liegenschaft beurkundet. Die Form, in der es geschieht, ist für das Jahr 1368 typisch. In der Folgezeit hat die Form manche Aenderungen erfahren, die freilich unwesentlich sind. Abweichungen von der jeweilig typischen Form kommen nicht selten vor, indem gewisse Besonderheiten des konkreten Falles beurkundet werden. Jene Aenderungen der typischen Formel und etliche dieser Abweichungen sollen durch folgende Eintragungen veranschaulicht werden:

Eberhart der Perger geit seinen paumgarten, den inn hat Kristel der Fraguer, pey dem Wurzer auf für sich und für sein hausfraun mit gerichts hant Hans dem Schieren nach seiner prief sag. Actum feria sexta post Petri et Pauli [1368].

Item Chuonrat der Tichtel geit sein haus auf gelegen an der Engazzen mit gerichts hant Chuonrat dem Swab und hat im zu gewerschaft geseczt Uolreichen den Tichtel, alz der stat reht ist. Actum ut supra [feria sexta post Conversionem sancti Pauli [1369].

Item Hans [?] der Uolchinger hat sein haus, daz im von dem Haertlein under der linden in pfand weis ist mit dem rechten eingeantwortt, also hat er ez mit gerichtz hant aufgeben Perchtolden dem jungen Haertleins suon. Actum proximi sabati ante Viti [1369].

Item Uolreich der jung Chuochenmaister hat aufgeben und gevertigt mit gerichtz hant die 55 aecker halb, die gelegen sint voer des Zisber [?] toer hintter des Schiecz paemgartten, Hansen Chuonratz

14a) In den hier veröffentlichten Urkunden stehen Zusätze des Verfassers dieser Abhandlung in eckigen Klammern.

dez Gundelhovers sun von erbschaft wegen, als recht ist. Actum proxima feria tercia ante Katerine [1370]. Item darnach hat die Chuochenmaistrinn sein muoter und Hainreich Ruodolf und Greymolt Draechsel pfleger den andern halben tail der vorgenanten aecker aufgeben und gevertigt mit gerichtz hant Chuonraden dem Gundelchover von kauffs wegen, als recht ist. Actum proxima feria secunda ante Nycolay [1370].

Item Oettel der Sneider hat sein haus gelegen pei dem tor znächst pei dem pründlein gevertigt und aufgeben in den vier wenden, als recht ist, Uelreichen dem Haütschef. Actum ut supra [feria sab. post festum Dorothee 1384].

Item Ulreich der alt Paemger hat sein haus, daz gelegen ist an dem anger zenaechst Hainreich dez Purchlins dez flaischackers haus, gevertigt in den vier waenden und aufgeben, als recht ist, mit seines pruder Hans des Paemger gutem willen, dem ez vormal in gerichtzpuch ist geschriben, Hainreichen dem Churbiß dem carnifex. Actum des freytages an sand Jörgen abent [1395].

Item Leutolt Handel hat sein haus gelegen an Neunhauser gassen in unser frauen pfarr zunagst an des Laembartz und des Wurffel Wagners häuser gevertigt mit seinem aid in den vier wennden und aufgeben, als recht ist, Hainreichen dem Swaiger. Actum an pfintztag post Natiffitatem Marie anno in [14] 16.

Man sieht, daß während des ganzen Zeitraumes meist außer dem Aufgeben das „Fertigen“, bisweilen in Verbindung mit dem Eide des Aufgebenden, erwähnt wird, und daß durchweg auf die Betheiligung des Gerichtes hingewiesen wird, und zwar Anfangs durch die Angabe, daß jene Akte mit Gerichtshand erfolgt seien, seit der Mitte der 80er Jahre durch die Bemerkung, daß sie in den vier Wänden vorgenommen worden seien. Auf eine verschiedene Natur des beurkundeten Aktes darf man aus dieser verschiedenen Ausdrucksweise nicht schließen. Vielmehr handelt es sich überall um die gerichtliche Auflassung von Liegenschaften, worauf später zurückzukommen sein wird. Die Lage des Grundstückes wird meist angegeben, und zwar in der Regel nach der Straße, nicht selten unter Nennung eines oder beider Nachbarn. Bisweilen wird auch der frühere Eigenthümer bezeichnet. Auf den ersten Blick erscheint es vielleicht auffallend, daß das Zeitwort (aufgeben) bis zum Ende der 60er Jahre im Präsens, seitdem im Perfectum steht. Indessen ist diese Neuerung ohne Belang.[14b]

In der zweiten Eintragung aus dem Jahre 1368, die vorhin als

14b) Vgl. unten S. 302.

Beispiel einer anderen Art gewöhnlicher Eintragungen beigebracht worden ist,[15] wird in typischer Form beurkundet das „Setzen" eines Grundstückes. Während sich für die Auflassung von Liegenschaften im Gerichtsbuche mannigfache Ausdrucksweisen finden, ist die Sprache hier ziemlich einförmig. Es ist klar, daß es sich um die Verpfändung von Liegenschaften handelt. Die Aenderungen der typischen Form sind auch bei der Beurkundung dieses Aktes durchaus unwesentlich. Das gilt namentlich von dem Wechsel des Tempus, in dem setzen steht. Es ist interessant, daß man gegen Ende des Zeitraumes, der hier betrachtet wird, das Präsens brauchte, während man damals, wie schon bemerkt worden ist, aufgeben ins Perfectum stellte; um die Mitte des Zeitraumes war dagegen auch bei setzen das Perfectum üblich. Die Lage des verpfändeten Grundstückes wird in derselben Weise bezeichnet wie die des aufgelassenen; mitunter fehlt auch hier jede darauf bezügliche Angabe.

Außer den Eintragungen über Auflassungen und Verpfändungen von Grundstücken erscheinen zwei weitere Arten als gewöhnlich, für die gleichfalls Beispiele aus dem Jahre 1368 in typischer Form angeführt werden sollen:

Dietel dem Schuoster ist poten worden 15 lib. den., die er Chuonrat dem Pachman gelten sol. Actum feria tercia ante Viti.

Item Fridreich Fliesenhamer hat seinen reht erlangt hincz Pertholden dem Podmer umb 10 lib. den. Actum feria tercia ante Michahelis.

Hinter diesen vier Arten von Eintragungen treten alle übrigen[16]

---

15) Oben S. 287.

16) Als Beispiele mögen folgende Eintragungen dienen:

1. Item Herman Gailinger hat erzeugt notwer hincz dez Poeinpfenbercz pruoder dem Ringler umb das wunten, daz er in getan hat. Actum sabbatho post Purificacionem [1369].

2. Item Nicklas Schreuck hat bestaett, als recht ist, hincz Nicklasen des Gerolcz hab 103 flor. nach seins briefs sag. Die prenotato [feria tercia Pentec. 1369].

3. Item Fridreich Weinsperger hat gewett, als recht ist, Otten dem Hauser 50 gulden Reynische ab den juden ze losen. Actum ut supra [feria sexta proxima ante festum Mathie apostoli 1384].

4. Item Katrey Uelreichs des Stäppfleins hausfrau hat mit dem rechten ausgetragen, daz ir ir gelter ir und irem wirrt wartten süllen jar und tack, als der stat recht ist, von dem tag, und [!] er auz ist gevarn. Actum feria secunda proxima post Reminiscere anno prenotato [1384].

Item darnach ist Hainreich der Vatersteter der erst chlager hincz Uelreichen dem Stäpflein um 9 lib. r. und umb 65 r. Actum eodem die. Und hat auch bestät 9 lib. r. und 75 r. Actum feria tercia post Invocavit anno [13] 85. (Und — 85 späterer Zusatz, in dem sich aber wohl ein Fehler hinsichtlich des Datums befindet.)

zurück. Von den verschiedenen Gegenständen, die sie betreffen, soll an dieser Stelle einer herausgegriffen werden, der mit den soeben berührten in einem gewissen Zusammenhange steht: Geschäfte über Grundrenten. Es steht fest, daß die Grundrenten in München unter dem Namen Ewiggelder eine hohe Bedeutung hatten. Daher ist es auffallend, daß die Zahl der Eintragungen, in denen die Begründung oder das Bestehen von Ewiggeldern beurkundet wird, in gar keinem Verhältnisse steht zu den Eintragungen über die Auflassung und Verpfändung von Liegenschaften. So begegnet uns beispielsweise in den Jahren 1369 und 1370 keine einzige derartige Eintragung, obgleich 1370 immerhin im Ganzen ungefähr 70 Eintragungen gemacht worden sind, und im Jahre 1395, dem im Ganzen gegen 260 Eintragungen angehören, hat der Verfasser nur 16 derartige Eintragungen gefunden. Von diesen 16 Eintragungen sind nicht mehr als drei selbständige Beurkundungen von Ewiggeldbestellungen (ihnen stehen gegenüber ungefähr 70 Eintragungen von Auflassungen und Verpfändungen von Grundstücken). Die übrigen sind Aufzeichnungen über die Auflassung von Liegenschaften; in ihnen wird am Schlusse theils vermerkt, daß sich der Auflasser ein Ewiggeld vorbehalten habe, theils auf ein schon bestehendes Ewiggeld hingewiesen. Als Beispiele dieser Eintragungen mögen folgende dienen:

Item Erhart der Chempnater hat von seinen wegen und mit willen und gunst seiner hausfraun gevertiget und aufgeben in den vier wenden, alz der stat recht ist, 14 ungerisch guldein geltz aus seinem

---

Item darnach hat gechlagt der jung Swembel und Dietel Rot hincz Ulreichen dem Stäpffel umb 10 lib. r. und 60 r. den. Und sind die andern. Actum feria tercia proxima post Reminiscere anno prenotato. Die hat der jung Swembel bestätt. Actum eodem die. (Die — die späterer Zusatz von derselben Hand wie der obige.)

5. Item Hanns der Genspechl hat ein vaß welsche weins geseczet in phandes weyß Eberharten dem Chamer und Weczel dem Pechen fuer 47 lib. 60 den. und hat in daz recht geben, daz si ir selbers slos darfuer sullen slahen. Actum dez mantages nach dem auffarttag [1395].

6. Item Christel Sneyder hat Ulreichen den Reyswadel ledig gesagt vor offem rechten seines hauß auf der prug bey der Hertlin chram, daz er daz hinlassen mag, wem er wil, und da hat er seinen guten willen czu. Actum dez freytages nach Jacobi [1395].

Item und daz selber hat Christel Sneyder von dem Reyswadel bestanden umb 12 sol. den., und waz er daz hauß nacher lat, dez gewart Ulreich der Reyswadel gewarten hincz Christel Sneyder dez abganch. Eodem die.

7. Item ez hat Chunrad der Chaepenberger . . . bechant vor offem rechten, daz im Thomel Haitfolk bezalt hab 100 gueldein und 47 guldein hauptgutz an seiner hantfest, die er von im darumb hat, unverzigen seiner schaeden. Actum des samstages Dyonisii [1395].

pechenhaus in den gewelb voren an dem markt zenaechst an dez Nortgau haus und auz dem vorgenanten haus voren aus der messtat, do Ottel Thornmesser yczen inne ist, Seyfriden dem Thornen von Ayblingen und seinen erben, und daz ist geschehen mit seiner hausfrauen Prachseda gutem willen und wort. Daz ist geschehen des phinztages nach sand Vallnteins tag in dem [13] 95: umb 200 ungerisch guldein.

Item Hansz der Tichtel an dem Rindermarkt hat sein haus an dem purchstal gevertigt in den vier waenden und aufgeben, alz recht ist, Ulreichen dem Maurer, dovon er im geit und seinen erben 7 schilling Müncher pfenig ewiges und jaerlichs geltz. Actum ut supra [dez phincztages vor Walpurgis 1395].

Item Ulreich der Tichtel hat sein haus in dez Vingers gaessel, daz etwen Ulreichs dez Schusters ist gewesen, gevertigt in den vier waenden und aufgeben, alz recht ist, Siendel dem Chuefner ausgenomen 2 guldein ewiges geltz gend Ulreich dem Tichtel aus dem vorgenanten haus. Actum eodem die ut supra [dez mantages vor Symonis und Jude 1395].[17]

Nach dem, was über den Inhalt des Gerichtsbuches festgestellt worden ist, kann man dieses nicht als Grundbuch bezeichnen, wenn auch Geschäfte über Liegenschaften den Gegenstand der meisten Eintragungen bilden. Welche Rechtssätze für diese Geschäfte galten, das soll im Folgenden auf Grund der Eintragungen des Gerichtsbuches und der Bestimmungen der Statuten untersucht werden.

II.

Die Uebereignung und Verpfändung von Liegenschaften.

Die Worte Auflassung und auflassen oder Verlassung und verlassen, die bekanntlich schon im Mittelalter in vielen Gegenden Deutschlands gebräuchlich waren, finden sich weder in dem Münchener Stadtrechte von 1347 noch in dem Münchener Gerichtsbuche aus der Zeit von 1368 bis 1417. Der gewöhnliche Ausdruck dafür war aufgeben. Daß dieses gleichbedeutend mit auflassen ist, kann nicht bezweifelt werden.

17) Eine Eintragung über die Auflassung eines Grundstückes unter Hinweis auf ein altes Ewiggeld in derselben Form bei Auer Einl. S. CXXXII Anm. 1: „Item Jacob der Halbschuster hat sein haus an der Prandesgassen ꝛc. gevertigt in den vier waenden und aufgeben Hainreichen des Zehentners jun ausgenommen 3 sol. M. gen Spital“ (1391—1400). Weitere Eintragungen über Ewiggelder, die sich bei Auer und Riedl finden, werden später gelegentlich berücksichtigt werden.

Es fehlt in keiner der Eintragungen über die Uebereignung von Liegenschaften. Und auch in den Vorschriften des Stadtrechtes darüber kann es keinen anderen Sinn haben. Denn hier heißt es: „Es ist auch der stat recht, daz er [swer aigen verchauffet] ez aufgeben sol vor offem gericht“ (Art. 267) und: „Swenn aber ainer sein aigen wil aufgeben vor dem rechten .....“ (Art. 270). Freilich kommt es im Stadtrechte auch ohne Beziehung auf Grundstücke vor,[18] indem an mehreren Stellen die Wendung gebraucht wird: einem Anderen seine Klage vor dem Rechten (oder: mit Gerichtshand) aufgeben (Art. 28, 36, 328). Auch „sich verzeihen“ bedeutet zweifellos auflassen, wenn im Stadtrechte bestimmt wird: „Wer aigens sich verzeihen wil, der sol daz tuon mit gerichts hant vor den vier wenten“ (Art. 31), wie überhaupt in Bayern die Auflassung Verzicht oder abdicatio hieß.[19]

In München war im 14. Jahrhundert im Falle freiwilliger Veräußerung von Grundstücken, die in der Stadt lagen, deren gerichtliche Auflassung zum Erwerbe des Eigenthumes durchaus nothwendig. Von den Artikeln des Stadtrechtes, welche die Auflassung berühren, schreibt freilich nur einer die Auflassung vor. Dieser ungemein wichtige Artikel, auf dessen einzelne Bestimmungen im Folgenden eingegangen werden muß, lautet vollständig so: „Swer aigen verchauffet, daz in der stat leit und in der stat gericht, der sol ez staetigen, swem er ez geit, als der stat recht ist; es ist auch der stat recht, daz er ez aufgeben sol vor offem gericht mit gerichts hant, und sol ez der richter antwurtten auz seiner hant dem, der ez gechauft hat, und süllen sie payd geben dem richter und dem schergen 31 pfenning, und süllen ez fronpoten offenlichen berüffen drey stunt, ob ez yemant versprechen well, und verspricht ez yemant, darnach sol geschechen, als der stat recht ist“ (Art. 267). Es ist, wie es ausdrücklich heißt, der Stadt Recht, daß der Verkäufer einer Liegenschaft sie aufgeben soll vor offenem Gerichte. Ob dies nothwendig war zum Uebergange des Eigenthumes auf den Käufer, das ergiebt sich allerdings aus der Bestimmung nicht, die ja ihrem Wortlaute nach dem Charakter einer bloßen Ordnungsvorschrift haben könnte. Daß die Auflassung in der That für den Eigenthumserwerb unerläßlich war, das wird indessen bewiesen durch das Gerichtsbuch; denn in keiner der in

---

18) So übrigens auch verlassen in Lübeck; vgl. Rehme, Das Lübecker Ober-Stadtbuch, 1895, S. 108 f.

19) „Sich aigens verzigen“ im bayrischen Landrecht von 1346, II 84. Vgl. auch Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, Band 2 S. 75 und dort Angeführte. Gengler, Das deutsche Privatrecht, § 45 (4. Aufl. S. 152) bezeichnet „ufgeben und verzigen“ als die in Süddeutschland übliche Ausdrucksweise.

Betracht kommenden zahllosen Eintragungen fehlt die Angabe, daß der Veräußerer die Liegenschaft dem Erwerber gerichtlich aufgegeben habe. Der obligatorische Vertrag war nicht genügend. Die Thatsachen, daß seiner in den Eintragungen nur ganz vereinzelt gedacht wird,[20] und daß er in den Artikeln des Stadtrechtes, wenn überhaupt, nur nebenbei erwähnt wird, beweisen, daß er nach der damaligen Anschauung sogar ganz in den Hintergrund trat.

Wie anderwärts war in München die Auflassung die Erklärung des Veräußerers, allen Rechten an dem Grundstücke zu entsagen, wie ja statt aufgeben „sich verzeihen" gesagt wird.[21] Symbole werden nicht erwähnt. Indessen wird man annehmen dürfen, daß die Auflassung in München wie sonst in Bayern[22] mit Mund und Halm geschah.

Was die Gerichtlichkeit der Auflassung anlangt, so heißt es in beiden Quellen, daß sie geschehe „vor offem gericht", „in den vier wenden", „vor den vier wenden". Der Veräußerer hatte also jene Erklärung vor Gericht abzugeben. Aber damit war die Gerichtlichkeit nicht beschlossen: die Aufgabe findet statt, wie es gleichfalls in zahlreichen Eintragungen heißt, und wie das Stadtrecht wiederholt verordnet, „mit gerichs hant." Was diese Formel bedeutet, ergiebt sich aus dem vorhin angeführten Artikel der Statuten: „ez ist auch der stat recht, daz er (der Verkäufer) ez (das Grundstück) aufgeben sol vor offem gericht mit gerichts hant, und sol ez der richter antwurtten auz seiner hant dem, der ez gechauft hat" (Art. 267). Die Formel ist demnach so zu verstehen: der Veräußerer übertrug das Grundstück dem Richter, und dieser übertrug es dem Erwerber; das Grundstück ging sozusagen durch die Hand des Richters, ein Brauch, der auch für andere Gegenden[23] bezeugt ist.

Noch ein anderer Akt mußte von Seiten des Gerichtes vorgenommen werden, wie sich gleichfalls aus jenem Artikel ergiebt: „und süllen ez (das Grundstück) fronpoten offenlichen berüffen drey stunt, ob ez yemant versprechen well, und verspricht ez yemant, darnach sol geschechen, als der stat recht ist" (Art. 267). Wie an anderen Orten[24] war also in München mit der eigentlichen Auflassung ein Aufgebotsverfahren verbunden, durch das Dritte aufgefordert wurden, ihre Einsprüche geltend zu machen.

---

20) Z. B. in der Eintragung aus dem Jahre 1370 oben S. 288.

21) S. oben S. 292. Vgl. auch Art. 185.

22) Vgl. Heusler Bd 2 S. 75.

23) Vgl. Stobbe, Die Auflassung des deutschen Rechts, in Iherings Jahrbüchern, Bd. 12 S. 193ff.

24) Vgl. Stobbe S. 190ff., Heusler Bd. 2 S. 87f., Brunner in Holtzendorffs Encyclopädie, 5. Aufl. S. 274.

Und daß die Aufbietung dreimal zu geschehen hatte, war gerade in Bayern seit Alters her Rechtens.[25] Es ist bekannt, daß im Allgemeinen dieses Aufgebotsverfahren, wenn keine Einsprüche geltend gemacht wurden, damit schloß, daß der Richter den Friedensbann aussprach und dadurch dem Erwerber des Grundstückes für dieses den Frieden wirkte.[26] In den Münchener Quellen wird dieser Friedensbann nicht erwähnt. Man könnte in der That zweifelhaft darüber sein, ob ein besonderer Friedensbann erforderlich war, da ja bei der Auflassung die Liegenschaft durch die Hand des Richters ging: es wäre sehr wohl denkbar, daß die Uebertragung der Liegenschaft durch den Richter an den Erwerber die Wirkung eines Friedensbannes oder gar die Bedeutung einer qualifizirten Friedewirkung hatte. Jedoch spricht gegen diese Annahme der Umstand, daß in jenem Artikel (267) der Aufbietung des Grundstückes zuletzt gedacht wird, daß sie also nach dem Wortlaute der Bestimmungen des Stadtrechtes zu geschehen hatte, nachdem die Liegenschaft durch den Richter dem Erwerber übertragen war. Dazu kommt, daß es Stellen in den Quellen anderer Rechte giebt, in denen neben der Auflassung durch die Hand des Richters die förmliche Friedewirkung vorgeschrieben wird.[27] Man kann es also nicht als allgemeinen Grundsatz ansehen, daß jener Akt diesen ausschloß. Es dürfte demnach auch in München das Aufgebotsverfahren durch einen besonderen Friedensbann abgeschlossen worden sein.

Neben „aufgeben" und „sich verzeihen" finden sich in den beiden Erkenntnißquellen des Münchener Rechtes mit Bezug auf die Uebereignung von Liegenschaften ungemein häufig die Ausdrücke: fertigen, bestäten, stätigen. Sind auch diese gleichbedeutend mit auflassen? Der Ausdruck gerichtliche Fertigung wird in der neueren germanistischen Literatur in verschiedenem Sinne gebraucht. Bald versteht man darunter die Gesammtheit der die Eigenthumsübertragung bezweckenden gerichtlichen Akte, so daß darunter außer der eigentlichen Auflassung insbesondere die richterliche Friedewirkung fällt.[28] Bald braucht man Fertigung

---

25) Vgl. Stobbe S. 190 Anm. 150 und die dort Angeführten.

26) Vgl. die oben Anm. 24 Angeführten.

27) Vgl. Torgauer Statuten bei Jacob Grimm, Deutsche Rechtsalterthümer, 4. Ausgabe besorgt durch Heusler und Hübner, 1899, Bd. 1 S. 182 (frühere Ausgaben S. 131): „Wer ein haus verkauft muß es mit dem reise in die gerichte auflaßen, der richter läßt den kauf und das eingelegte reis ausrufen; widerspricht niemand, so nimmt er das reis und reicht es dem käufer: weil das reis ausgerufen und niemand dawider ist, so leihe ichs euch von gottes, raths und gerichts wegen und gebiete frieden."

28) So Heusler Bd. 2 S. 81 ff.

identisch mit Auflassung.[29] Bald stellt man die (bloße, einfache) gerichtliche Fertigung der Auflassung gegenüber als einen gerichtlichen Akt ohne den der Auflassung eigenthümlichen Verzicht.[30] Das Fertigen der Münchener Quellen hat keine dieser Bedeutungen. In den meisten Eintragungen des Gerichtsbuches über Auflassungen wird neben dem „Aufgeben" ausdrücklich das „Fertigen" beurkundet. Daß hier keine Tautologie vorliegt, dafür sprechen von vornherein zwei Thatsachen, die sich aus dem Gerichtsbuche selbst ergeben: einmal die Thatsache, daß nicht selten in Verbindung mit dem Fertigen ein Eid des Veräußerers erwähnt wird („hat gefertigt mit seinem Eide"), daß dagegen des Eides nie gedacht wird, wenn ausschließlich von dem Aufgeben die Rede ist; und sodann die Thatsache, daß mitunter nur das Aufgeben, niemals aber nur das Fertigen beurkundet wird. Im Stadtrechte kommt das Wort fertigen an verschiedenen Stellen vor. Wiederholt wird es dabei gebraucht ohne Beziehung auf Liegenschaften,[31] nur einmal (Art. 158) mit Beziehung auf solche. Jedoch läßt sich aus diesem Artikel, auf den später einzugehen ist, die Bedeutung des Fertigens nicht genau feststellen. Dagegen kann mit Erfolg herangezogen werden eine Bestimmung, die zwar nicht für München erlassen worden ist, aber immerhin als Mittel der Auslegung der in München geltenden Sätze zu dienen vermag. Es ist dies eine Vorschrift des Rechtes von Ingolstadt, das mit anderen Ortschaften[32] sein Recht von München erhalten hatte. Sie lautet: „Wer ainem umb erb und aigen gewerschaft tun und in daz vor offen gericht vertigen wil, der sol zway recht nach ainander sten, und daz erb ainen amptman all recht beruffen lazzen, ob yeman darein ze reden hab, und an dem andern rechten sol man dem daz erb nach des puochs sag mit seinem aid vertigen lazzen, ob dem nyeman darein redt noch widerspricht." Wie in dem Münchener Gerichtsbuche heißt es hier: fertigen mit dem Eide. Das Fertigen hatte also wohl grundsätzlich in München dieselbe Bedeutung wie in Ingolstadt. Das Münchener Stadtrecht von 1347

---

29) So Huber, Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht, 1894, S. 33f.

30) So Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, § 61 (3. Aufl. 1898, S. 707, 713). So auch Rehme S. 114ff.

31) Art. 167: „Wie man verchauft leut fertigen sol"; in einer Handschrift steht hier freilich statt „leut": guot (s. Auer Anm. 3 zu Art. 167 und Einl. S XXIX). Ferner Art. 283: „Swer guot aufnimpt ze füren (Transport), der hie purger ist, umb lon, auf swelherlay vertigung daz sey . . . . ." Vgl. auch Art. 8: „Wer den andern rechtfertigt oder anspricht vor dem rechten . . . . ."

32) Vgl. Auer Einl. S. XXVI. XXXVIII. XLI. In der Auerschen Ausgabe des Münchener Stadtrechtes ist die Bestimmung als Art. 512 abgedruckt.

enthält in mehreren Artikeln (31, 267, 269) Normen über das Stätigen oder, wie es auch sagt, Bestäten von veräußerten Liegenschaften durch den Veräußerer. Auch hier wird der Eid des Veräußerers erwähnt, und, wie sich aus den sogleich näher zu betrachtenden Bestimmungen ergiebt, handelt es sich (nicht anders als in jener Ingolstädter Vorschrift) um ein Gewährschaftsleisten seitens des Veräußerers. Dazu kommt, daß (wie in dem Gerichtsbuche das Fertigen) in jenen Artikeln das Stätigen oder Bestäten deutlich von dem Aufgeben (Auflassen) unterschieden wird, und daß im Gerichtsbuche gelegentlich von der Gewährschaft an derselben Stelle die Rede ist, wo sonst des Fertigens gedacht wird.[33] Das Alles zwingt uns zu dem Schlusse, daß fertigen, stätigen, bestäten die gleiche Bedeutung haben. Sie bedeuten: die Gewährschaft sichern.[34] Fertigung oder Stätigung[35] einer Liegenschaft hieß also in München die Sicherheitsleistung für die dem Veräußerer obliegende Gewährschaftspflicht. Die Fertigung ist demnach begrifflich zu scheiden von der eigentlichen Auflassung, d. i. der Erklärung des Veräußerers, allen Rechten an dem Grundstücke zu entsagen.

Die Fertigung war vorgeschrieben; unzweideutig verordnet das Stadtrecht: „Swer aigen verchauffet, daz in der stat leit und in der stat gericht, der sol ez staetigen, swem er ez geit, als der stat recht ist“ (Art. 267). Daß die Gewährschaftspflicht des Veräußerers bestand, ist zwar ausdrücklich in dem Stadtrechte nicht ausgesprochen, aber zweifellos, da sie die selbstverständliche Grundlage der Fertigungspflicht ist, wie denn auch in der vorhin angeführten Ingolstädter Bestimmung von dem Fertigen des Gewährschaftthuns die Rede ist. So erklärt es sich, daß dem Veräußerer die Pflicht auferlegt wird, die Liegenschaft zu bestäten Jahr und Tag oder zehn Jahre und einen Tag (Art. 31, 269), obgleich diese

33) Vgl. die Eintragung von 1369 oben S. 287.

34) In ähnlichem Sinne „versichern“, „sichern“ in Art. 10: „Waer, daz zwen mit einander ze schaffen hieten, swelherlay sach daz waer, und ainer von dem andern nicht recht nemen wil, dem sol der richter zuosprechen, und darzuo nötten, daz sie an ein ander versichern auf ain recht. Waer aber, daz der in ainem andern gericht saezz, der da nicht recht nemen wolt, so sol der richter dem andern richter zuosprechen, als lang, daz sie gesichert werden auf ain recht.“ — „Bestaeten“ in anderem Sinne in Art. 421: waisen bestaeten oder beraten. — Unrichtig betrachtet Auer fertigen als gleichbedeutend mit auflassen; vgl. das Register s. v. aigen, Auflassung, Fertigen; s. auch Einl. S. CXXX. CLXII. — Ob das Fertigen in diesem Sinne in irgendwelchem Zusammenhange steht mit dem firmare des bayerischen Volksrechtes, soll hier nicht untersucht werden; über das firmare vgl. Merkel in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 101 ff.

35) Art. 269: „staetigung“.

Fristen nicht für die Sicherheitsleistung bestehen, sondern für die Gewährschaftspflicht.

Kraft seiner Gewährschaftspflicht haftete der Veräußerer dem Erwerber dafür, daß die Veräußerung rechtsbeständig war, daß sie nicht nachträglich angefochten werden würde. Als diejenigen, welche etwa Ansprüche auf die Liegenschaft erheben könnten, werden ausdrücklich bezeichnet Erben und Gelter.[36] Was insbesondere die Erben anlangt, so könnte man aus ihrer Anführung darauf schließen, daß in München ihr Beispruchsrecht oder ihr Näherrecht bestand. Indessen giebt es in dem Stadtrechte einen Artikel, in dem den Erben des veräußernden Grundeigenthümers diese Rechte in klarer und deutlicher Form abgesprochen werden, gleichviel ob ein wohlgewonnenes oder ein Erbgut in Frage stand.[37] Dagegen wird das Näherrecht der Miterben anerkannt,[38] und es wird dem Grundeigenthümer, der mehrere Erben hat, verboten, an einen von diesen ohne Einwilligung der übrigen die Liegenschaft zu vergaben.[39] Vielleicht bezieht sich jene Vorschrift über die Vertretung der Veräußerung den Erben gegenüber auf den letzten Fall. Mehr Wahrscheinlichkeit dürfte es aber für sich haben, darin eine Reminiszenz an einen früheren Rechtszustand zu erblicken, zumal da der Ausschluß des Beispruchsrechtes oder des Näherrechtes der Erben in dem gedachten Artikel (214) in einer Form ausgesprochen wird, die stark derogatorisch klingt.

Die Haftung des Veräußerers einer Liegenschaft für die Rechtsbeständigkeit der Veräußerung war zeitlich begrenzt: sie bestand gegenüber Ansprüchen von Personen, die „inner Landes“ waren, Jahr und Tag, von Personen, die „außer Landes“ waren, zehn Jahre und einen Tag. Nach Ablauf dieser Fristen hatten sich die Berechtigten ihrer Ansprüche verschwiegen.

In welcher Weise der Veräußerer seiner Pflicht genügte, für diese seine Haftung Sicherheit zu leisten, das stand nicht in seiner Willkür.

---

36) Art. 269: „staetigen für erben und für gelter“.

37) Art. 214: „Ob aber ain man oder ain frau varnden oder unvarenden guot habent, und daz si geerbt habent von iren vodern, oder daz si selber gearbait habent, ob sie sogetan guot wellent verchauffen, als der stat recht ist, daran mag sie chain ir erb, der des selben erbs wartet, nicht geirren, und gebent ez wol ze chauffen, wem sie wellent, und habent die selben erben nimmer mer nichts darauf ze sprechen.“ Vgl. auch Stobbe, Deutsches Privatrecht, Bd. 2 § 87 Anm. 21 (Bearbeitung dieses Werkes von H. O. Lehmann, Bd. 2, 1. Halbband S. 462 Anm. 20).

38) Art. 213. 268.

39) Art. 210. 215, beide fast wörtlich übereinstimmend.

Sicherungsmittel war nach Wahl des Veräußerers Verpfändung einer anderen Liegenschaft, oder Bestellung von Bürgen. Besaß er keine andere Liegenschaft, und konnte er keine Bürgen finden, so genügte sein Eid. Ausnahmsweise konnte er sofort zum Eide schreiten, wenn er die Liegenschaft aus echter Noth veräußerte und diese bewies. Zur juratorischen Kaution scheint es sehr häufig gekommen zu sein. Denn im Gerichtsbuche wird unverhältnißmäßig oft ausdrücklich bemerkt, daß die Fertigung mit dem Eide geschehen sei, während nur sehr selten die anderen Sicherungsmittel erwähnt werden, indem beispielsweise gesagt wird, daß der Veräußerer dem Erwerber einen Dritten „zu gewerschaft geseczt" habe.[40] Freilich wird in vielen Eintragungen der Art und Weise der Sicherung gar nicht gedacht.

Die Fertigung hatte zu geschehen vor Gericht. In der mehrfach erwähnten Ingolstädter Bestimmung[41] ist dies ausdrücklich vorgeschrieben. Der Satz galt aber auch in München, wie sich aus dem Gerichtsbuche ergiebt, in dem häufig gesagt wird, daß der Veräußerer die Liegenschaft in den vier Wänden gefertigt habe.[42]

Wann die Fertigung zu erfolgen hatte, ob vor oder nach der Auflassung, wird in dem Stadtrechte nicht ausdrücklich verordnet. In den Artikeln, die von beiden Akten sprechen (31, 267), ist freilich von der Fertigung zuerst die Rede, und in zahlreichen Eintragungen des Gerichtsbuches heißt es, daß der Veräußerer die Liegenschaft „gefertigt und aufgegeben" habe. Indessen darf man daraus nicht folgern, daß die Fertigung der Auflassung vorauszugehen hatte. Denn vielfach wird in den Eintragungen die Fertigung an zweiter Stelle beurkundet. Im Gegentheile ist anzunehmen, daß die Fertigung erst nach der eigentlichen Auflassung stattzufinden hatte. Aus einer der Vorschriften, in denen die vorhin erwähnte Besonderheit für Fälle echter Noth festgesetzt wird (Art. 269), geht nämlich hervor, daß der Veräußerer das Vorliegen echter Noth bei der Auflassung des Grundstückes („swenn er daz aufgeit") zu beweisen hatte. Daraus dürfte auch zu schließen sein, daß der Richter den Frieden erst nach gehöriger Fertigung wirkte.

Der auf die Uebereignung einer Liegenschaft zielende gerichtliche Akt zerfiel also in drei Abschnitte: die Auflassung durch den Veräußerer,

40) Vgl. eine Eintragung von 1369 oben S. 287.

41) S. oben S. 295.

42) Art. 31 verordnet: „In der stat gericht sol man aigen bestaeten . . . . ." Gericht bedeutet aber Gerichtsbezirk, wie Art. 267 beweist: „Swer aigen verchauffet, daz in der stat leit und in der stat gericht, der sol ez staetigen . . . . ." Vgl. auch Art. 223 (unten Anm. 56).

die Fertigung durch denselben und die richterliche Friedewirkung. Daß hierbei die Fertigung nicht als nebensächlich betrachtet würde, beweist ein Artikel (158), in welchem dem Verkäufer einer Liegenschaft die Verpflichtung zur Fertigung auferlegt wird, ohne daß der Auflassung gedacht wird; jene Pflicht entsprang also wohl unmittelbar aus dem obligatorischen Veräußerungsvertrage.

Wie für die Uebereignung, so war für die Verpfändung von Grundstücken Gerichtlichkeit erforderlich. Nach dem Stadtrechte [43] hatte der Grundeigenthümer seinen Verpfändungswillen öffentlich vor Gericht mündlich zu erklären oder einen Stadtbrief über die Verpfändung vorzulegen, der dann vor Gericht öffentlich verlesen wurde, und zwar ergiebt sich aus dem Wortlaute des Stadtrechtes selbst, daß dies keine bloße Ordnungsvorschrift war, daß die Beobachtung der Form vielmehr nothwendig war zur Entstehung des Pfandrechtes.

Von einer Auflassung ist hier weder im Stadtrechte noch im Gerichtsbuche die Rede. Mit Rücksicht darauf, daß sie bei der Uebereignung im Stadtrechte wiederholt und im Gerichtsbuche stets hervorgehoben wird, ist es zweifellos, daß es bei der Verpfändung einer Auflassung (sei es des Grundstückes, sei es des Pfandrechtes) nicht bedurfte, und daß sie hier auch nicht freiwillig vorgenommen wurde. [44]

Aus dem Gerichtsbuche erfährt man ein Weiteres. Es wird in ihm gesagt, daß der Eigenthümer seine Liegenschaft gesetzt habe mit Gerichtshand. Man wird nicht fehlgehen, wenn man diese Worte hier ebenso versteht wie in ihrer Verbindung mit aufgeben, [45] wenn man also annimmt, daß das Pfandrecht zunächst dem Richter und sodann durch diesen dem Gläubiger übertragen würde. Und hieran schloß sich wohl Aufgebot nebst Friedewirkung [46] seitens des Richters.

---

43) Vgl. Art. 32, abgedruckt oben S. 283, und Art. 205: „Swer guot auf der erde hat, daz nicht varentz guot ist, und ze pfant setzen wil, der sol daz tuon öffenlich vor gericht mit ainem vorsprechen oder mit ainem brief mit der stat insigel, des sol man vor gericht offenleichen lesen, oder swer ez anders setzet, so ist ez nicht pfant, ez sey christen oder juden.“

44) Unrichtig behaupten Auer Einl. S. CXXX. CXLIV und Aubert, Grundbógernes Historie i Norge, Danmark og tildels Tyskland, Kristiania 1892, S. 64 f. (deutsche Uebersetzung von Doublier in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Bd. 14 Germanistische Abtheilung S. 32), daß Art. 32 die gerichtliche Auflassung vorschreibt.

45) S. oben S. 293.

46) So jedenfalls anderwärts; vgl. Schröder S. 707.

III.

Die Eintragung.

Die beiden Akte, die wir soeben behandelt haben, die Uebereignung und die Verpfändung von Liegenschaften, sind ungemein häufig ins Gerichtsbuch eingetragen worden. Beruhten diese Eintragungen auf einem sie anordnenden Rechtssatze, und welche Bedeutung hatte der etwaige Rechtssatz? Aus dem Stadtrechte von 1347 kommen für diese Fragen nur die drei an dem Anfange der Abhandlung angeführten Artikel in Betracht.

Ausdrücklich vorgeschrieben ist die Eintragung nur für die Verpfändung: sie „soll man schreiben in das Gerichtsbuch" (Art. 32).

Auch die Eintragung der Uebereignung wird erwähnt, indem gesagt wird, daß, „wenn man ein (aufgelassenes) Eigen in das Buch schreiben soll". man in dem Buche nachschlagen solle, ob das Eigen „Jemandem stehe", d. h. Jemandem zugeschrieben sei (Art. 31). In dieser Stelle kann man nicht ohne Weiteres die Bestimmung erblicken daß die Uebereignung einzutragen sei.[47] Denn dem Wortlaute nach wird nichts Anderes angeordnet als das Nachschlagen der alten Eintragung für den Fall der Vornahme einer neuen Eintragung über das Eigenthum an dem Grundstücke. Ja, in den Worten „wenn man eintragen soll", könnte geradezu ausgedrückt sein, daß die Eintragung an sich nicht zu geschehen brauchte und nur erfolgte auf besonderen Wunsch Betheiligter, den zu äußern ganz in ihrem Belieben stand. Zwei Thatsachen zwingen uns aber, über den Wortlaut hinauszugehen und zu behaupten, daß die Eintragung der Uebereignung schlechthin auf Grund eines sie befehlenden, nicht nur erlaubenden Rechtssatzes geschah. Einmal die Thatsache, daß zweifellos ein solcher Rechtssatz für die Verpfändung bestand; in seiner Beschränkung auf diesen Akt würde eine ganz singuläre, von den allgemeinen Prinzipien des deutschen Rechtes weit abweichende Behandlung der Uebereignung liegen, eine Minderwerthung der Uebereignung im Vergleiche mit der Satzung. Sodann die Thatsache, daß Uebereignungen in so großer Zahl Aufnahme in das Gerichtsbuch gefunden haben, daß kaum erheblich mehr als die hier beurkundeten vorgekommen sein können.

---

47) Dies thun Hartter, Die deutsche Grundübereignung, besonders zu München, in den Blättern für Rechtsanwendung zunächst in Bayern, Bd. 13 (1848) S. 260 (eine recht schwache Abhandlung), Stobbe, Auflassung S. 208 f., Roth, Bayrisches Civilrecht, 2. Theil, 2. Aufl. besorgt von Becher, 1. Abth. S. 337 und Aubert a. O.

Wenn nun aber auch das Recht die Eintragung der Uebereignung wie der Verpfändung von Grundstücken forderte, so ist man doch keineswegs genöthigt, daraus zu folgern, daß die Eintragung zur Perfektion jener Akte erforderlich war, m. a. W. daß die Eintragung den Schlußakt der Uebereignung und der Verpfändung bildete, kann es sich doch um bloße Ordnungsvorschriften handeln. Indessen ist man bei der Prüfung der Bedeutung jener Rechtssätze nicht auf diese allein angewiesen.

Das Stadtrecht selbst enthält zwei Vorschriften, die bei der Beantwortung jener Frage als Hilfsmittel dienen können.

Es bestimmt zunächst: bevor Jemand eine Liegenschaft aufläßt, soll des Richters Schreiber in dem Gerichtsbuche nachschlagen, „ob daz selb aigen yemants pfant sey vormalen, und ist ez dann vormalen nicht gesetzet, so mag er ez dann wol aufgeben, als recht ist“ (Art. 270). Die Form, in der hier von der früheren Eintragung einer Verpfändung des Grundstückes gesprochen wird, ist höchst bedeutsam. Nicht heißt es: der Schreiber soll nachschlagen, ob eine Verpfändung des Grundstückes eingetragen ist, und, wenn eine solche Eintragung nicht vorhanden ist, soll die Auflassung vor sich gehen; vielmehr wird die Eintragung geradezu als die Verpfändung selbst bezeichnet. Man darf sich zwar nicht verhehlen, daß bei der Auslegung mittelalterlicher Statuten nicht derselbe Maßstab anzulegen ist wie bei der Auslegung des Corpus juris civilis oder moderner Gesetze; jedoch ist jene Ausdrucksweise so auffallend, daß sie unmöglich als bedeutungslos angesehen werden kann. Wir stehen nicht an, darin ein, wenn auch nicht allein ausschlaggebendes, so doch schwerwiegendes Argument dafür zu erblicken, daß die Eintragung zur vollen Wirksamkeit der Verpfändung erforderlich war.

Auch das Nachschlagen früherer Eintragungen von Auflassungen wird in dem Stadtrechte angeordnet. Wie vorhin schon in anderem Zusammenhange hervorgehoben worden ist, soll, bevor die Auflassung einer Liegenschaft in das Gerichtsbuch eingetragen wird, in dem Buche gesucht werden, „ob daz aigen jemant ste“ (Art. 31). Wenn hier auch die Fassung nicht so bezeichnend ist wie hinsichtlich der Eintragungen über Verpfändungen, so ist doch die Möglichkeit nicht von der Hand zu weisen, daß in den Worten: das Eigen steht Jemandem, d. h. es ist Jemandem zugeschrieben, zu erblicken ist ein Ausdruck der Rechtsüberzeugung, daß die Eintragung der Auflassung für den Uebergang des Eigenthumes von Bedeutung war.[48]

---

48) Hartter a. O. und Stobbe a. O. behaupten einfach unter Anführung der Art. 31 und 270 ohne jede Begründung, daß die Eintragung bei der Auflassung

Was das Gerichtsbuch anlangt, so ist die Fassung der Eintragungen weder geeignet für noch gegen die Annahme zu sprechen, daß die Eintragung bei Uebereignungen und Verpfändungen der maßgebende Akt war. Ausdrücke wie zuschreiben und ähnliche[49] kommen nur ganz vereinzelt vor.[50] Das Tempus, in dem aufgeben und setzen stehen, ist bedeutungslos. Den fortdauernden Gebrauch des Präsens würde man vielleicht als Argument für jene Annahme betrachten können. Es ist aber schon darauf hingewiesen worden,[51] daß das Tempus im Laufe der Zeit gewechselt hat, und zwar in den Eintragungen über Verpfändungen umgekehrt wie in denen über Auflassungen, indem hier das Präsens durch das Perfectum, dort das Perfectum durch das Präsens abgelöst worden ist. Daß manchmal auf frühere Eintragungen verwiesen wird, kann auch als eine bloße Folge der besprochenen Vorschriften über deren Nachschlagen aufgefaßt werden. Die Buchführung selbst war noch sehr unvollkommen, und in dem ganzen Zeitraume von 1368 bis 1417 sind keine Versuche gemacht worden, sie zu verfeinern. Insbesondere fehlen Randbemerkungen, die von so hervorragender Bedeutung sein können,[52] indem sie die Ableitung der bedeutsamsten Rechtssätze gestatten. Nur in einem Punkte hat man den Anfang gemacht in der Ueberwindung des rohen Urzustandes, und zwar ist dieser Fortschritt bereits bei Anlegung des ältesten vorhandenen Bandes geschehen. Wir meinen die Löschung von Eintragungen.[53] Freilich sind hier noch keine Grundsätze erkennbar: man löschte oder unterließ es ganz willkürlich. So erklärt es sich, daß sich zwar absolut zahlreiche gelöschte Eintragungen finden, ihre Zahl aber im Verhältnisse zu den ungelöschten gering ist. Beispielsweise sind von den beiläufig 260 Eintragungen aller Arten des Jahres 1395 nur einige 40 gelöscht. Zweifellos ist häufig die Eintragung nicht gelöscht worden, wenn das Grundstück weiter veräußert oder das Pfandrecht beendigt wurde. Immerhin spricht die Thatsache, daß man überhaupt Eintragungen über Auflassungen und Verpfändungen gelöscht hat, wohl eher für als gegen die Annahme, daß die Eintragung nicht bloß des Beweises

---

Perfektionsakt war. Vorsichtiger meint Aubert a. O., daß die oben besprochenen Vorschriften des Stadtrechtes jedenfalls auf eine starke Annäherung an die Auffassung von der rechtlich entscheidenden Bedeutung der Eintragung bei Liegenschaftsübereignungen und -verpfändungen deuten.

49) Vgl. Rehme S. 261.

50) Vgl. die Eintragung von 1395 oben S. 288.

51) S. oben S. 288 f.

52) Vgl. Rehme, Das Lübecker Ober-Stadtbuch S. 91 ff. und Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Bd. 18 Germanistische Abtheilung S. 196.

53) S. oben S. 285 f.

halber geschah. Denn aus diesem Satze braucht bei einer noch unentwickelten Buchführung nicht der weitere Satz zu folgen, daß das Eigenthum und das Pfandrecht nur durch Löschung untergingen. Vor Allem aber scheint für jene Annahme zu sprechen die überaus große Zahl der Eintragungen über Auflassungen und Verpfändungen; so finden sich unter dem Jahre 1395 ungefähr deren 70.

Wie schwerwiegend diese Argumente insgesammt aber auch sein mögen, so darf man doch nicht schlechthin den Satz aufstellen, daß das Eigenthum an der Liegenschaft erst durch die Eintragung erworben wurde. Auszuscheiden sind von vornherein die Fälle des Erwerbes im Erbgange und in Folge Richterspruches, einfach schon aus dem Grunde, weil diese, wenn überhaupt, so doch sicher nicht regelmäßig im Gerichtsbuche beurkundet wurden. Aber auch für den Fall freiwilliger Veräußerung galt jener Satz nicht. Wie sollte sonst die Bestimmung des Stadtrechtes zu verstehen sein, daß, wenn bei der Eintragung einer Auflassung im Buche Jemand gefunden werde, dem die Liegenschaft zugeschrieben steht, dieser „vorvarn" solle (Art. 31)? Zweifellos ist diese Vorschrift auf den Fall berechnet, daß der Auflasser, also der bisherige Eigenthümer, nicht eingetragen ist, und daß er die Liegenschaft nicht im Erbgange erworben hat (denn der eingetragene Erblasser kann nicht „vorvarn"). Und wie sollten mit jenem Satze Eintragungen in Einklang zu bringen sein, dahin lautend, daß Jemand „sein" Grundstück einem Anderen aufgegeben und gefertigt habe mit Zustimmung eines Dritten, dem es im Gerichtsbuche zugeschrieben sei?[54] Diese beiden Punkte in Verbindung mit den vorhin beigebrachten Argumenten zwingen uns zu dem Schlusse, daß im Falle freiwilliger Veräußerung zwar die Eintragung ein Akt von maßgebender Bedeutung war, daß sie aber nicht durchaus nothwendig war zum Erwerbe des Eigenthumes an sich, daß also das materielle Eigenthum von dem Bucheigenthume getrennt war. Das Bucheigenthum, welches erworben wurde durch Eintragung, allein berechtigte zur selbständigen Auflassung; der nicht eingetragene Eigenthümer bedurfte zur Weiterveräußerung der Einwilligung des Bucheigenthümers oder der Erben desselben.

Bezüglich der Verpfändung sind keine Momente erkennbar, die unmittelbar dagegen sprechen, jene Argumente als ausschließlich ausschlaggebend zu betrachten, also anzunehmen, daß das Pfandrecht überhaupt erst durch die Eintragung zur Entstehung gelangte. Man wird aber Bedenken tragen müssen, diesen Satz aufzustellen. Denn es würde im

---

54) Vgl. die Eintragung von 1395 oben S. 288.

Widerspruche stehen mit den Grundgedanken des deutschen Rechtes, für die Begründung des Pfandrechtes mehr zu fordern als für die Begründung des Eigenthumes. Wie einen Dualismus des Eigenthumes wird man daher einen Dualismus des Pfandrechtes annehmen müssen. Die Bedeutung des Buchpfandrechtes ergiebt sich dann aus der Bestimmung des Stadtrechtes, daß eine Auflassung nur erfolgen dürfe, wenn die Liegenschaft nach Ausweis des Gerichtsbuches Niemandem verpfändet ist (Art. 270), einer Bestimmung, in der wohl dem Buchpfandgläubiger das Näherrecht[55] zuerkannt wird.

Geschahen die Eintragungen von Amts wegen oder nur auf Antrag? Für das Letztere spricht schon die Trennung des Bucheigenthumes und des materiellen Eigenthumes, des Buchpfandrechtes und des materiellen Pfandrechtes. Ferner heißt es in zwei wiederholt berührten Artikeln des Stadtrechtes, daß, „wenn man ein (aufgelassenes) Eigen in das Buch schreiben soll", man im Buche suchen solle, ob das Eigen Jemandem zugeschrieben ist, und daß „man (bei der Auflassung) des Richters Schreiber ersuchen solle", in dem Buche nachzuschlagen, ob das Eigen Jemandem verpfändet ist (Art. 31. 270). Wichtiger ist der Umstand, daß im Gerichtsbuche die Reihenfolge der Eintragungen nicht genau der zeitlichen Folge der in ihnen beurkundeten Akte entspricht, indem sehr häufig Eintragungen mit früherem Datum nach Eintragungen mit späterem Datum stehen. Nach alledem ist anzunehmen, daß die Uebereignungen und Verpfändungen nur auf Antrag eingetragen wurden.

IV.

Die Bestellung von Ewiggeldern.

Für die Begründung und Weiterveräußerung von Ewiggeldern (Grundrenten) enthält das Stadtrecht von 1347 keine ausdrückliche Vorschrift. Die Artikel über die Uebereignung und Verpfändung von Liegenschaften, aus denen wir unter Heranziehung anderer Argumente für jenen Akt das Erforderniß der Auflassung, für diesen das der einfachen Gerichtlichkeit gefolgert haben, sprechen stets nur von Liegenschaften (aigen), und, daß das Ewiggeld schlechthin unter diesen Begriff falle, sagen die Statuten nicht.[56] Auf der anderen Seite wird die Nothwendigkeit oder

55) Auch in Lübeck hatte der Pfandgläubiger das Näherrecht; vgl. Rehme, Das Lübecker Ober-Stadtbuch, S. 147.

56) Auer Einl. S. CXXX behauptet, daß das Ewiggeld nach Art. 223 zu den liegenden Gütern gerechnet werde, und daß deshalb die Bestimmungen über die

das Ausreichen einer unter dem Stadtsiegel ausgefertigten Bestellungsurkunde nicht bewiesen durch den Zusatz, den gelegentlich „ain pfunt ewigs gelt“ erhält: „daz mit der stat insigel versigelt ist“ (Art. 398).

Es ist früher schon darauf hingewiesen worden,[57] daß sich in dem Gerichtsbuche auffallend wenige Eintragungen über die Bestellung von Ewiggeldern finden, in vielen Jahren gar keine. Jedoch haben diese Eintragungen im Wesentlichen dieselbe Form wie die über die Uebereignung von Liegenschaften; insbesondere wird in ihnen die gerichtliche Auflassung und Fertigung erwähnt.[58] In den Eintragungen über die Veräußerung eines Grundstücks, in denen am Schlusse der Vorbehalt eines Ewiggeldes für den Veräußerer beurkundet wird,[59] wird freilich jener Akte nicht gedacht. Immerhin ist es zweifellos, daß bei der Bestellung von Ewiggeldern deren gerichtliche Auflassung und Fertigung (in dem früher festgestellten Sinne) stattgefunden hat.

Sind die Nachrichten des Gerichtsbuches über die Begründung von Ewiggeldern überaus spärlich, so sind doch anderweitige Urkunden darüber in großer Zahl erhalten:[60] sog. Ewiggeldbriefe. Da sie zum großen Theile sehr ausführlich sind und über manche nebensächlichen Punkte Auskunft geben, dagegen nicht der Auflassung gedenken, hat sicherlich in den Fällen, in denen ein Ewiggeldbrief ausgefertigt wurde, dieser bedeutsame Akt nicht stattgefunden. Hinsichtlich der Natur der Briefe können Zweifel schon wegen ihrer Fassung nicht aufkommen: der die Rente verkaufende Grundeigenthümer verspricht, das jährliche Ewiggeld zu zahlen dem Käufer, „seinen erben und nachkömmen oder wer

---

Uebereignung und Verpfändung von aigen auf dasselbe Anwendung finden mußten. Indessen stellt Art. 223 das Ewiggeld nicht schlechthin den Liegenschaften gleich, sondern bestimmt nur, daß „niement fürbaz nimmer mer chain haus, chain hofstat, chain gült, wie deu genant ist, chainerlay gärtten noch aecker, die in der stat ze Münichen ligent, oder in der stat gericht, chainem chloster oder jemant anders, der mit den purgern nicht steuert, sol ze chauffen geben.“ Vgl. übrigens Auer Einl. S. CXLIII f. Wie Auer Aubert S. 65 (Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Art. 14, Germ. Abth. S. 33), der auch darin irrt, daß er von „vielen Eintragungen“ über Ewiggeldbestellungen im Gerichtsbuche spricht. Roth a. O. 2. Abth. S. 175 Anm. 48 kann zu Mißverständnissen Anlaß geben.

57) S. oben S. 290 f.

58) Vgl. die Eintragung von 1395 oben S. 290 f., außerdem eine Eintragung von 1417 bei Riedl Urkundensammlung S. 6 und eine aus der Zeit von 1391 bis 1400 bei Auer Einl. S. CXXX Anm. 5.

59) Vgl. die Eintragungen von 1395 oben S. 291.

60) Vgl. Riedl S. 24 f. Viele sind veröffentlicht in den Monumenta Boica, Bd. 18–21. Ein Beispiel auch bei Riedl Urkundensammlung S. 22 ff.

den prief mit seinen guten willen innhat".[61] Der Ewiggeldbrief war Geschäftsurkunde, nicht schlichte Beweisurkunde: das Ewiggeld wurde bestellt mittelst Briefes. Nur so ist die Art und Weise verständlich, in der in Gerichtsurtheilen auf jene Briefe Bezug genommen wird.[62] Und man ist sich wohl niemals über den Charakter der alten Ewiggeldbriefe im Unklaren gewesen; so heißt es z. B. in einem Berichte, den Bürgermeister und Räthe von München dem Fürsten im Jahre 1608 über das Ewiggeldinstitut erstattet haben,[63]) daß Anfangs das Ewiggeld unter einem Insiegel verkauft wurde.

Zwei Begründungsarten waren also in der Zeit, aus der die ältesten Gerichtsbücher erhalten sind, neben einander anerkannt: Auflassung oder Verbriefung.[64] Bisweilen schlug man beide Wege zugleich ein. Dann wurde bei der Beurkundung der Auflassung im Gerichtsbuche auf den Brief hingewiesen.[65] Aber auch, wenn man sich auf die Verbriefung beschränkt hatte, fand hin und wieder eine Eintragung im Gerichtsbuche statt, sei es, daß hier einfach die Ausfertigung des Briefes beurkundet wurde,[66] sei es, daß hier spätere Abreden der Parteien Aufnahme fanden.[67]

Die gewöhnliche Bestellungsart war die Verbriefung. Die Briefe waren damals in der Regel Stadtbriefe,[68] also öffentliche Urkunden,

---

61) So z. B. in dem bei Riedl a. O. abgedruckten Briefe.

62) Vgl. die Urtheile bei Riedl Urkundensammlung S. 14 ff. Vgl. ferner den vorhin erwähnten Art. 398 des Stadtrechtes, wenn er auch allein keinen Beweis liefert: „Die gesworen sind mit gemainem rat überain chömen, das aller mänichleich in der stat zu München ain pfunt ewigs gelt, daz mit der stat insigel versigelt ist, fürbaz ledigen, und ewigen gelt für acht pfunt Münicher pfenning versteuren sol, und ain pfunt pfening zinsgült von wisen und garten und erb und von aigen, oder wie ez genannt ist, für fünf pfunt pfenning, und ain pfunt leibgedings für dreu pfennig."

63) Abgedruckt bei Riedl Urkundensammlung S. 89 ff.

64) Unrichtig hält Riedl S. 35. 50 die Verbriefung für die einzige Art der Begründung und erblickt in den Eintragungen des Gerichtsbuches nur „die Vormerkung des wesentlichen Inhaltes" der Briefe.

65) Vgl. die erste Eintragung aus der Zeit von 1391 bis 1400 bei Auer Einl. S. CXXX Anm. 5.

66) Vgl. die dritte der bei Auer Einl. S. CXLIII abgedruckten Eintragungen aus der Zeit von 1401 bis 1417.

67) Vgl. die Eintragung aus der Zeit von 1401 bis 1417 bei Auer Einl. S. CXXXV Anm. 7.

68) Vgl. Art. 398 und Auer Einl. S CXLIV. Ueber die Stadtbriefe im Allgemeinen Art. 463: „Der richter und die gesworn habent gesetzt mit gemainem rat ain insigel der stat, und habent gesetzt und gepoten, waz under dem insigel verschriben wirt und auch versigelt, daz daz staet beleib und chraft hab und behabet hab mit vollem rechten, und sol auch der brief geschriben werden mit drein mannen

keineswegs aber nothwendiger Weise. Schon im 14. Jahrhundert kamen Briefe unter Privatsiegel vor, und seit dem Ende des ersten Viertels des 15. Jahrhunderts wurden die Stadtbriefe mehr und mehr durch die Privatbriefe verdrängt.[69] Mit Rücksicht auf die sich hieraus ergebende Rechtsunsicherheit wurde aber im Jahre 1478 verordnet, „daß man fürders hin über Verkaufung der ewigen Gelder nit mehr privatim, sondern publice fertigen, auch alle solche Kauf und Contractus in publica protocolla bringen solle".[70] Im Zusammenhange mit dieser Verordnung steht die Anschaffung eines besonderen städtischen Ewiggeldsiegels[71] und nicht minder die Anlegung des sog. Grundbuches im Jahre 1484. Denn dieses Buch war Anfangs nichts Anderes als ein nach Realfolien eingerichtetes Ewiggeldbuch. Ein wahres Grundbuch war es ebensowenig wie das alte Gerichtsbuch. Erst allmählich hat es sich zu einem wahren Grundbuche, in das auch der Eigenthumswechsel eingetragen wurde, ausgebildet. Immerhin hat aber das bei der Bestellung von Grundrenten eingerissene Unwesen den ersten Anstoß gegeben zu einem so gewaltigen Fortschritte in der Entwickelung des Münchener Rechtes.[72]

oder mer, die daz hörn, daz ez ietweders tails red sey, und auch mit des gehör, der des insigels pfleger ist; und über den brief sol man fürbaz chainen zeugen hören."

69) Vgl. Auer a. O. und Aubert a. O.

70) Vgl. den oben S. 306 erwähnten Bericht von 1608, bei Riedl Urkundensammlung S. 93. Vgl. auch Auer a. O.

71) Vgl. den Bericht von 1608, bei Riedl, Urkundensammlung S. 94. Vgl. auch Auer Einl. S. CXLIV f.

72) Ueber das 1484 angelegte „Grundbuch" und die späteren Grundbücher von München vgl. vorläufig Aubert S. 65 ff. (Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Bd. 14 Germ. Abth. S. 33 ff.).

Johann Christoph Schwartz.

„Absolute Rechtskraft“ und heutiges Deutsches Recht.

Unlängst ist Bülow mit der ihm eigenen überzeugungsvollen Energie für die „absolute Rechtskraft des Urtheils“ eingetreten. Die ausführliche Arbeit[1] weist alle Vorzüge der Darstellungskunst des Verfassers auf. Ihr ist wiederholt Zustimmung zu Theil geworden.[2] Sie ist auch in hohem Maße anregend; vielleicht nicht so sehr durch Neuheit der Gedanken, als vielmehr durch die Art der Zusammenfassung, durch die eindringende Sorgfalt, mit der jedem möglichen Zweifel begegnet, jedem denkbaren Einwande eine Widerlegung entgegengestellt wird.

Zu richtiger Würdigung der Abhandlung wird man festhalten müssen, daß sie in der Hauptsache sich als Streitschrift darstellt. Veranlassung hatten die Vorarbeiten für das Bürgerliche Gesetzbuch gegeben. Nach einem bei Berathung des zweiten Entwurfs gefaßten Kommissionsbeschlusse[3] sollte der § 191 des ersten Entwurfs in die deutsche Civilprozeßordnung verwiesen werden und dort nachstehende — allerdings herausfordernd schroffe — Fassung erhalten:

> „Das rechtskräftige Urtheil hat die Wirkung, daß das Zuerkannte nicht mehr bestritten, das Aberkannte nicht mehr geltend gemacht werden kann.
>
> Auf diese Wirkung kann verzichtet werden. Das Gericht darf dieselbe nur berücksichtigen, wenn sie geltend gemacht wird“

Den zweiten Absatz dieses Paragraphen wollte Bülow gestrichen wissen. Und wenn unser Prozeßgesetz von einer derartigen Vorschrift verschont blieb, so ist das nach meiner Ueberzeugung ein Verdienst hauptsächlich der Bülow'schen Arbeit.[4] Ihr Gedankengang ist dieser:

---

1) Civ. Arch. Bd. 83 (1894) S. 1—152.

2) Vgl. z. B. Kleinfeller i. d. Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 37 (1895) S. 104ff., Oertmann, Vergleich (1895), R. Schmidt, Lehrb. (1898) S. 807, F. Endemann, Lehrb. d. B.R. 6. Aufl. (1899) S. 870.

3) Prot. Bd. 1 S. 253ff.

4) Vorher hatten sich gegen Abs. 2 § 191 des Entwurfs, bezw. für Geltendmachung der Rechtskraft von Amtswegen bereits ausgesprochen — wie Bülow selbst S. 8 Anm. 9 hervorhebt —: u. a. Hölder, Schilling, Fischer, Kohler.

Der erwähnte § 191 unterstellt die Wirkung der res judicata dem Parteibelieben. Das widerspricht unserer modernen Auffassung, die im Urtheil auf die staatliche Aktion, auf den Akt öffentlichen Rechts Gewicht legt. Der Staat giebt im Urtheil Rechtsgewißheit, wie könnte diese staatliche Festsetzung dem Parteiwillen unterstellt, beliebig aufhebbar sein? Demgemäß wird Savignys Lehre von der „exceptio rei judicatae“ für unser heutiges Recht widerlegt. Der res judicata wohnt eine besondere auctoritas bei, das beweist die Nichtigkeit der sententia contra res prius judicatas lata. Auf eben diese auctoritas sind die Bestimmungen über die transactio post rem judicatam zurückzuführen. Dieser auctoritas entspricht allein die Berücksichtigung der Rechtskraft von Amtswegen.

Den Unterbau der Bülow'schen Lehre bildet fast durchweg das römische Recht. Gerade dieser Hauptheil der Beweisführung ist neuerdings von Pernice[1] angefochten worden mit dem Satze, daß für das klassische römische Recht der Gedanke der „absoluten Rechtskraft“ sich nicht begründen lasse. Mir will es scheinen, daß Pernice den von Bülow herangezogenen Quellenstellen in überzeugender Weise eine Auslegung gegeben hat, die ihnen jede entscheidende Bedeutung für die vorliegende Frage nimmt.

Andererseits ist sicher, daß im Anschluß an einzelne Aussprüche in den justinianischen Rechtsbüchern das kanonische, in gewissem Sinne auch das gemeine Recht eine „absolute Rechtskraft des Urtheils“ anerkannt hat.

Aber Bülow hat zu Ende des 19. Jahrhunderts de lege ferenda geschrieben. Es fragt sich, ob seine Darlegungen für unser heutiges Recht zutreffen?

Darauf möchte ich so antworten:

Bülow's Konstruktion erscheint mir nicht zutreffend. Trotzdem ist das praktische Ergebniß seiner Untersuchung, das Ziel, dem er zustrebt, richtig. Zur Erreichung dieses Zieles aber weist uns das heutige deutsche Recht einen anderen, geraderen Weg.

Die nachfolgenden Ausführungen sollen in Kürze diese Ansicht begründen.

1.

Nach Bülow ist „absolute Rechtskraft“ eine dem Urtheil innewohnende Eigenschaft. Diese neue Bezeichnung ist nicht glücklich, sie ist zu umfassend, zu allgemein. Gewählt wurde sie offenbar nur, um den Gegensatz zur „dispositiven“ Rechtskraft, wie eine solche durch den er-

1) Parerga IX. Sav. Zeitschr. r. Abth. Bd. 19 S. 140ff.

wähnten § 191 Abs. 2 festgestellt werden sollte, scharf zu betonen. Die res judicata darf und soll auch ohne Parteiantrag vom Gerichte von Amtswegen zur Geltung gebracht werden. — Eine Einschränkung ergiebt sich dabei ohne Weiteres: absolute Geltung kann die res judicata nicht etwa auch in dem Sinne haben, daß ihr Inhalt vom Richter ex officio schlechthin praktisch durchgesetzt, zur Ausführung gebracht werden müßte, oder auch nur dürfte. Davon kann natürlich nicht die Rede sein. Ein Interesse daran, daß die rechtskräftige über Vermögensrechte ergangene Entscheidung nun auch vollstreckt werde, ist für den Staat nicht gegeben. Für ein Civilverfahren ist nie zweifelhaft gewesen, daß Vollstreckung nur auf Antrag der siegenden Partei erfolgen dürfe: von der actio judicati bis zum heutigen Antrage auf Ertheilung der vollstreckbaren Ausfertigung.[1] Vollstreckbarkeit ist ohnehin nicht eine wesentliche Eigenschaft des rechtskräftigen Urtheils, sie fehlt zuweilen ganz (z. B. dem Feststellungsurtheile) sie kann suspendirt werden; umgekehrt kann sie einem nicht rechtskräftigen Urtheile gewährt sein, ja auch nicht urtheilsmäßige Festsetzungen sind unter gewissen Bedingungen vollstreckbar.

Will man dem „absoluten“ in der Rechtskraftwirkung, wie Bülow sie konstruirt, die nothwendige Grenze ziehen, so muß man ausgehen von dem Wesen des heutigen Civilurtheils. Dasselbe ist — einerlei wie die Formel lauten möge — immer nur Feststellungsurtheil.[2] Das Urtheil

1) Nur scheinbar weicht ab die Vorschrift des § 894 C.P.O.: „Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt, so gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urtheil die Rechtskraft erlangt hat.“ Zwecklose Verzögerung sollte vermieden werden. — Da der Kläger nicht die Feststellungsklage gewählt hat, bezw. nicht während des Prozesses auf sie übergegangen ist, so supponirt das Gesetz den zugleich gestellten Vollstreckungsantrag. „Ist die Willenserklärung von einer Gegenleistung abhängig gemacht“, so bedarf es wieder des ausdrücklichen Vollstreckungsantrages: jene Wirkung tritt erst ein „sobald nach den Bestimmungen der §§ 726, 730 eine vollstreckbare Ausfertigung des rechtskräftigen Urtheiles ertheilt ist“.

Anders steht es in Ehe-, Kindschafts- und Entmündigungssachen. Hier bewirkt die Rechtskraft des Urtheils regelmäßig schlechthin die entsprechende Zustandsveränderung, die Vollstreckung fällt mit dem Rechtskraftseintritt zusammen. Hier macht sich aber das öffentliche Interesse geltend: „das subjektive Recht reicht — nur soweit als die Indifferenz der Staatsgewalt gegenüber dem Eintreten des ihm entsprechenden Erfolges“ (Degenkolb, Einlassungszw. u. Urtheilsnorm S. 87, 88). Im Gegenbilde bewährt sich dieser Satz für die rechtskräftigen Verurtheilungen „zur Eingehung einer Ehe — zur Herstellung des ehelichen Lebens — zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrage“. Hier wird aus Gründen öffentlichen Rechts der unmittelbare Vollstreckungszwang versagt (vgl. C.P.O. § 888 einerseits und § 893 ebds., sowie § 1567 Abs. 2 [1] B.G.B. andererseits).

2) Vgl. Schultze, Priv.R. u. Proz. S. 125, 581, 599, und sehr bestimmt dagegen Weismann, Hauptintervention S. 53.

giebt, und das zwar mit staatlicher Autorität, Rechtsgewißheit, enthält nicht etwa den Befehl an die eine oder die andere Partei, etwas zu thun oder zu unterlassen; es sagt mehr nicht als dieses: so festgestellt, so umgeformt, deckt sich der von den Parteien in Streit gezogene Anspruch, das streitige Rechtsverhältniß mit den objektiven staatlichen Normen des Privatrechts und des Prozeßrechts.

Das ist und damit erschöpft sich das publizistische Wesen des Urtheilsausspruchs.

Der im Urtheil sich vollziehende Akt des öffentlichen Rechts hat aber daneben noch hochbedeutsame privatrechtliche Wirkung. Der Urtheilsausspruch berechtigt regelmäßig die obsiegende Partei, ihren so festgestellten Anspruch mit staatlicher Hilfe durchzusetzen, sei es im Vollstreckungsverfahren, sei es mit der exceptio rei judicatae; aber nach beiden Richtungen nur wenn und so weit die Partei solches will. Das rechtskräftige Urtheil verpflichtet umgekehrt die unterliegende Partei, sich dem festgestellten Anspruche des Gegners zu fügen, wenn und soweit dieser ihn geltend machen will; die Nichterfüllung dieser Pflicht ist mit staatlicher Zwangsausübung bedroht.

So ist es heute, so war es im klassischen Rom „das Urtheil erscheint als Rechte verleihend und Pflichten auferlegend; der Private leitet daraus eine Befugniß für sich her, die er wie jede andere auch ungenutzt lassen kann“.[1] Die unter staatlicher Autorität vollzogene Deklaration des streitigen Rechtsverhältnisses hat nicht etwa „absolute“ Kraft zur Gestaltung der Verhältnisse des Lebens und Verkehrs im gegebenen Falle. Sie kann solche Kraft nicht haben, ebensowenig wie regelmäßig die allgemeine, also mit noch weiterer Autorität ausgestattete privatrechtliche Gesetzesnorm. Soweit nicht positive Vorschrift ein Anderes bestimmt, regeln Gesetz und rechtskräftiges Urtheil auf dem Gebiete des Privatrechts subjektive Rechte: „Willensmacht oder Willensgebundenheit.“[2] Einer solchen Regelung muß begrifflich die Kraft zu absoluter Gestaltung konkreter Verhältnisse fehlen. Der Parteiwille ist im Umfange der Ermächtigung souverän: das subjektive Recht kann aufgegeben, verringert und, wenn die Parteien einig sind, vertauscht, vergrößert werden; die zeitweilige konkrete Gestaltung eines subjektiven Rechts — einerlei woher sie rührt — trägt niemals die Gewähr dauernden Bestandes in sich.

---

1) Pernice S. 151.

2) Gierke, D. Priv.R. I S. 253.

2.

Aber das publizistische Wesen des Urtheils kommt doch auch in Betracht. Nicht nur subjektive Rechte und Pflichten werden geregelt, es liegt doch ein objektivrechtliches Moment in der Urtheilsfeststellung. Läßt sich nicht vielleicht hierauf der Gedanke der Unabänderlichkeit, die Konstruktion des „absoluten“ anwenden? — Natürlich, dieser Gedanke drängt sich energisch von selbst auf. Ist einmal vom Staate das zwischen den Parteien streitige subjektive Rechtsverhältniß im Einklang mit den objektiven Normen festgestellt, dann ist die damit gegebene Rechtsgewißheit eine absolute, unabänderliche. Eine Rechtsgewißheit, die nur für den Augenblick der Verkündung des Urtheils bestände, wäre keine Rechtsgewißheit, mindestens nicht eine solche, wie sie zur Aufrechthaltung der Rechtsordnung unentbehrlich ist. Und was vom Staate für gewiß erklärt worden ist, wie sollte das hinterher durch Parteibelieben schlechthin wieder in den Zustand der Ungewißheit versetzt werden können? Zieht man die bündige Folgerung aus dieser publizistischen Seite des Urtheils, so gelangt man zu folgendem Satze: wenn eine einmal rechtskräftig entschiedene Streitsache hinterher in Anlaß irgend welcher Komplikationen, sei es im Einverständniß der Parteien mit Kenntniß des früheren Urtheils, sei es ohne solche Kenntniß, abermals einem Gerichte, demselben oder einem anderen — vorgelegt wird, dann ist das zweite oder spätere Urtheil nichtig, es ist kein Urtheil, es konnte nicht eine Rechtsgewißheit erst feststellen, die schon feststand.

Allein Zweck und Werth der knappen Einwendungen, die Pernice gegen Bülow vorbringt, bestehen eben in dem Nachweise, daß die klassische römische Jurisprudenz die öffentlichrechtliche Seite des Civilprozesses zwar fühlte, trotzdem aber von der privatrechtlichen Konstruktion nicht lassen wollte. Man hatte den Satz bis de eadem re ne sit actio, die Durchführung wurde aber der Partei überlassen, der zu dem Behufe die exc. r. i. j. ded., später die exc. r. j. zur Verfügung stand. Die klassische Zeit behilft sich mit den dem Privatrechte entnommenen „Denkfiguren“ des judicio contrahi und des novari.[1]

Zur Begründung des Satzes, daß die sententia contra res prius judicatas lata nichtig sei, hat die gemeinrechtliche Lehre sich regelmäßig auf dieselben Quellenstellen berufen, die auch Bülow[2] ins Feld führt. Aber diese Argumentation ist mindestens stark erschüttert worden durch

1) Pernice 145, 146, 152, 153.
2) S. 70.

den von Pernice[1] erbrachten Nachweis, daß jene Erlasse alle nur feststellen, der Richter dürfe seine Schlußentscheidung nicht abändern; daß aber die Kaiser „irgendwo das zweite Urtheil, das mit Willen der Parteien gefällt ist, für nichtig erklärt hätten" könne nicht zugegeben werden.

Die Gegenüberstellung ist scharf und überzeugend. Dagegen ist Bülow's Berufung auf das kanonische Recht[2] zweifellos zutreffend. Der Satz im 2. Th. des Gratian'schen Dekrets[3] lautet ganz allgemein: Item si sententia lata fuerit contra res prius judicatas, a quibus provocatum non est, sententiae auctoritatem non obtinebit, et ideo appellare non est necesse. Ebenso lehrt Ricardus Anglicus:[4] Retractatur autem sententia multis modis: puta si contra rem judicatam prius lata fuerit; und Tancred:[5] Item ratione alterius sententiae, super eadem re prius latae et non suspensae per appellationem, fit sententia nulla. Auch Ulrich Tengler[6] führt unter den Nichtigkeitsfällen auf „Item ob ein vrteil wider ein ander, so vormals in der sach gegeben, die in ihr krafft gegangen, gesprochen wer."

Wenn also auch nicht für das römische Recht, so wäre doch wenigstens für das kanonische Recht und die mittelalterliche Doktrin wohlbegründet Bülow's Ausspruch:[7] „Dadurch, daß die sententia contra res prius judicatas lata dem civilrechtlichen Nichtigkeitsgedanken unterstellt wurde, ist die absolute Rechtskraft des Urtheils so vollständig wie nur irgend möglich zur Anerkennung und Bestätigung gelangt." — Allerdings. Aber dieser Standpunkt ist in der geschichtlichen Entwicklung früh bekämpft und verhältnißmäßig rasch wieder verlassen worden.

Bülo'w selbst erwähnt[8] kurz Arthur Skedls treffliche „Erstlingsarbeit"[9] und beschränkt sich auf die Bemerkung, es sei daraus zu ersehen, wie allmählich der besprochene Nullitätsfall gleich allen prozessualichen Nullitäten „nicht mehr nach Art einer privatrechtlichen Nichtigkeit —, sondern als Grund einer besonders ausgezeichneten Anfechtung, eines Rechtsmittels" behandelt worden sei. — Nach meinem Dafürhalten

1) S. 148.

2) S. 72 Note 18.

3) c. 2 qu. 6 cap. 41 § 4.

4) Witte S. 45[20].

5) Bergmann Tit. 2 § 5 S. 280[5].

6) Laienspiegel, Brand's Ausgabe, Straßburg 1560 S. 83.

7) Sämmtliche Stellen führen zurück auf die l. 1 Cod. qu. prov. 7, 64, bezw. auf die l. 1 Cod. sent. resc. 7, 50.

8) S. 72 Note 18.

9) „Die Nichtigkeitsbeschwerde", Leipzig 1886.

ist damit die Bedeutung jener Untersuchung für die vorliegende Frage keineswegs genügend gewürdigt. Skedl's auf umfassendes Material gegründete, vorsichtig und geschlossen aufgebaute Darstellung führt zu folgendem Ergebnisse:

In Anlehnung an longobardische Rechtsbildungen hat zuerst das italienische Statutarrecht, indem es ein kurzfristiges Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde schuf, den Gedanken der absoluten Nichtigkeit eines Urtheils zurückgewiesen. Die Glossatoren, die kanonistische Doktrin des Mittelalters widerstanden einstweilen jener Entwicklung der Städtegesetzgebung, allmählich aber wird ein Nachgeben bemerkbar. Die Wissenschaft findet sich mit dem Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde ab. Die Einlegung wird bis zum Ablauf der 30 jährigen Verjährungsfrist gestattet; ist sie aber bis dahin nicht erfolgt, so ist die Nullität geheilt: die frühere sententia nulla ist unanfechtbar, rechtswirksam. Schon hiermit ist im Grunde das Prinzip der absoluten Nullität der sent. contr. r. pr. jud. lata durchbrochen. Als aber die Rezeption die Lehre von der Nichtigkeitsbeschwerde nach Deutschland übermittelt hatte, da vollzog sich hier in derselben Richtung eine noch viel energischere Abwendung vom kanonischen Rechte. Nicht sowohl das Kammergericht[1] und die Kameralisten, als vielmehr die Partikulargesetzgebung und die sächsischen Prozessualisten griffen auf den Gedanken, daß, wenn überhaupt, in 30 Jahren, eine sententia nulla rechtskräftig werden könne, die Frist im Interesse der Verkehrssicherheit doch wohl auch durch Gesetz verkürzbar sein müsse; und solche Verkürzung empfehle sich füglich.[2] Skedl giebt[3] eine sorgfältige Uebersicht über die deutschen Gesetze, in denen dieser weitere Schritt gethan wurde. An die partikulare Entwicklung aber schloß sich der J.R.A. mit der Bestimmung an, daß wenigstens die nullitates sanabiles nur intra decendium vorgebracht werden dürften, während für die nullitates insanabiles die gemeinrechtliche Frist von 30 Jahren offen bleibe.

Bei der noch übrigen Arbeit,[4] die nullitates insanabiles möglichst zu beseitigen, haben sich dann abermals unsere Partikularrechte hervorgethan, und offenbar hierdurch beeinflußt, hat schließlich auch die

---

1) Doch weist Skedl S. 174 ff. mit Recht auf die K.G.O. v. 1521 u. 1555 hin, welche die Kumulirung der Nichtigkeitsbeschwerde mit der Appellation vorschrieben, und nur wenn keine Appellation eingelegt war, die Nichtigkeitsbeschwerde noch innerhalb 30 Jahren gestatteten.

2) S. 177, 178 Anm. (Karpzow).

3) S. 173 ff. in der Anm.

4) Skedl's Abhandlung schließt mit dem J.R.A.; vgl. aber auch Skedl, „Die Urtheilsnichtigkeit", Grünhut Bd. 14 (1887) S. 81 ff.

der selbständigen Entwicklung unseres Prozeßrechts so wenig geneigte deutsche gemeinrechtliche Wissenschaft mitgewirkt. Es mag hervorgehoben werden, daß Martin,[1] Mittermaier,[2] Linde,[3] Bayer,[4] Renaud[5] übereinstimmend lehrten, die sententia contra res prius judicatas lata leide nur an sanabler Nichtigkeit.

Dieser geschichtliche Entwicklungsgang ist um deswillen von besonderem Interesse, weil sich in ihm deutlich veranschaulicht der energische, zähe Kampf germanischer und romanischer Rechtsgedanken. Die germanische „Verschweigung“[6] tritt, immer mehr durchdringend, zuletzt siegreich, der zwar konsequenten, aber dem neuen Verkehrsleben nicht genehmen Konstruktion einer absolut nichtigen Entscheidung entgegen. Gabs aber jetzt eine absolut nichtige Entscheidung nicht mehr, wurde die intra decendium nicht angefochtene sententia contr. res pr. jud. lata rechtskräftig, so war damit der res pr. jud. eben die absolute Rechtskraft abgesprochen.

Also entfällt der von Bülow auf Grund jener römisch(?) kanonischen Konstruktion unternommene Beweis. —

Durchaus im Zuge der modernen deutschen Entwickelung steht in diesem Punkte auch die Reichscivilprozeßordnung: die Nullität des einer früheren rechtskräftigen Entscheidung widersprechenden Urtheils wird in unserem Gesetze nicht nur nicht anerkannt, sondern ausdrücklich verworfen. Wir haben zwar eine „Nichtigkeitsklage“, aber unter die Nichtigkeitsgründe ist der Fall der Entscheidung trotz bestehenden rechtskräftigen Urtheils und wider ein solches nicht aufgenommen.[7] Schon dies ist, wenn das Gesetz gewisse, eng begrenzte „Nichtigkeitsfälle“ überhaupt kennt, entscheidend. Die von der Restitutionsklage handelnden Be-

1) Lehrb. 5. Aufl. §§ 283, 284.

2) D. gem. d. bgrl. Proz. 2. Aufl. Bd. III S. 123.

3) Handb. V S. 461, 462 u. 522 ff.

4) 9. Aufl. S. 1092.

5) Lehrb. 2. Aufl. S. 587.

6) Jedenfalls trifft hier zu der der Verschweigung im Vergleich zur Ersitzung zu Grunde liegende Gedanke, den Immerwahr („Die Verschweigung“, in Gierke's Unters. 48) so feststellt: „bei letzterer erfolgt der Rechtserwerb durch eigene Besitzthätigkeit, hier durch passives Verhalten des Gegners“ (S. 2). Das nichtige Urtheil wird durch Unterlassung der Nichtigkeitsbeschwerde rechtskräftig (!): „quandoque nulla (sc. sententia) est et transit in rem judicatam post triginta annos“ (J. Urbach, vgl. Skedl S. 148). In den Hansestädten war das rechtskräftige Urtheil ins Stadtbuch einzutragen, es wurde dann gleich der Auflassung unanfechtbar nach Ablauf der Verschweigungsfrist von Jahr und Tag (vgl. auch Skedl S. 174 Anm. u. Immerwahr S. 34, 35, 48).

7) C.P.O. § 579.

stimmungen[1] erwähnen allerdings den Fall der nachträglichen Auffindung eines älteren rechtskräftigen Erkenntnisses in derselben Sache; aber wie? — Einmal soll es sich eben nur handeln um Restitution, d. h. um eine Billigkeitsmaßregel gegenüber dem strengen Rechte; sodann wird die Billigkeitsmaßregel nur gewährt, wenn die Klage in der Nothfrist von einem Monate seit Kenntnißnahme vom Restitutionsgrunde erhoben wurde, garnicht mehr, wenn seit der Rechtskraft des zweiten Erkenntnisses 5 Jahre verflossen sind. Es handelt sich ferner nicht etwa um eine Spezialbestimmung gerade zur Begünstigung des früheren rechtskräftigen Urtheils, dieses wird vielmehr auf eine Stufe gestellt mit jeder beliebigen später aufgefundenen, der Partei günstigen Urkunde. Endlich, und dies ist ganz besonders bezeichnend: die Restitution wird dann nicht gewährt, wenn die Partei im früheren Verfahren in der Lage gewesen war, sich auf die ältere res judicata zu berufen, solches aber schuldhaft unterlassen hat.

Die Theorie der „absoluten Rechtskraft" in Bülow's Sinn ist damit weit weggewiesen: es handelt sich um billiges Entgegenkommen zu Gunsten einer unverschuldet in Nachtheil gerathenen Partei. Hiervon abgesehen gilt die Regel: jedes rechtskräftige Urtheil verliert seine Kraft, sobald hinterher in derselben Sache ein anderes Urtheil von demselben oder einem anderen Gerichte gefällt wird und die Rechtskraft beschreitet. Beim Vorhandensein zweier einander widersprechender rechtskräftiger Urtheile über dieselbe Sache gilt das jüngere Urtheil, nicht das ältere.[2] Die ältere res judicata ist wirkungslos.

---

1) §§ 580, 586, 582.

2) S. Kohler, Prozeßrechtl. Forsch. 1889 S. 97. Bülow, in der um 5 Jahre jüngeren Abhandlung, geht hierüber hinweg und übersieht nach meinem Dafürhalten bei Erörterung der Restitution propter rem judicatam (S. 144—148), daß eben nur in Ausnahmefällen vom Gesetze die Möglichkeit gewährt wird, das ältere Urtheil bei Kraft zu erhalten. L. Holtz, in seiner im Uebrigen sorgfältigen Dissertation „Urtheil wider Urtheil", Göttingen 1890, gelangt (in Anlehnung an Gaupp, Komm. 1. Aufl. Bd. II S. 614, — in den späteren Auflagen ist die Stelle fortgeblieben) zu folgendem Ergebnisse: „Man wird nach der C.P.O., nach welcher die Gültigkeit des zweiten Urtheils die Regel ist, annehmen müssen, daß das erste Urtheil neben diesem seine volle Kraft behält." Zur Begründung wird angeführt: „auf positive Vorschriften könnte sich die Behauptung des Gegentheils nicht stützen, da die C.P.O. keine bezüglichen Vorschriften trifft; und ohne solche dürfte es kaum zu rechtfertigen sein und mit den allgemeinen Grundsätzen über die Rechtskraft der Erkenntnisse im Widerspruch stehen, wollte man, nachdem aus irgend welchen Gründen das zweite Urtheil für gültig erklärt ist, um deswillen das frühere Urtheil außer Kraft setzen, trotzdem dasselbe an erster Stelle „auctoritas rei judicatae" erlangt hatte" (S. 51, 52). — Soweit das thatsächliche Nebeneinander zweier rechtskräftiger

Das ist das Gegentheil der Lehre, die Bülow über die auctoritas rei judicatae vorträgt, als ob solche Lehre noch heute anwendbar wäre.

3.

Im Bestreben, den Gedanken der „absoluten Rechtskraft" des Civilurtheils zu veranschaulichen, ihm möglichst reichen Gehalt zu geben, hat Bülow in die Erörterung auch hineingezogen den gemeinrechtlichen Satz, daß ein Vergleich über eine rechtskräftig entschiedene Sache unzulässig sei. Pernice[1] ist sicher im Rechte, wenn er darauf hinweist, daß von den römischen Juristen dieser Satz nicht mit der auctoritas rei judicatae begründet, vielmehr nur als eine Folgerung aus der rechtlichen Natur des Vergleichs aufgefaßt werde: über Gewisses, Feststehendes könne man sich nicht vergleichen. Unter diesem Gesichtspunkte hat auch die gemeinrechtliche Doktrin bis auf unsere Zeit fast ausschließlich den Vergleich über rechtskräftige Urtheile behandelt. Ihren Ausgang nimmt die römische Lehre von einem besonderen Erlasse der Kaiser Sever und Caracalla: placuit transactionem (sc. post r. j.) esse nullius momenti. Ulpian,[2] der sich auf diesen, augenscheinlich im Kognitionsverfahren ergangenen Erlaß[3] bezieht, führt eine Begründung nicht an; eine Begründung findet sich ebensowenig in dem späteren, die Zulässigkeit des Vergleichs verneinenden Erlasse der Kaiser Diokletian und Maximian.[4] Es handelte sich um eine Zeit, in der das neue Rechtsmittelwesen die Rechtspflege verwirrte, mindestens gewaltig belastete. Wäre es nicht denkbar, daß man einfach gemeint habe, durch das Vergleichsverbot eine Reihe lästiger, verzwickter Rechtshändel aus der Welt zu schaffen? Auch das würde sich doch vielleicht erklären lassen „aus dem Wesen des späteren kaiserlichen Regiments".[5] Besonders rühmlich für die civilistische Feinheit jener Kaisergesetzgebung wäre eine solche Unterstellung allerdings nicht. Aber wieder später findet sich in dem analogen Erlaß

Urtheile, deren Kollision z. B. unbekannt wäre, gemeint ist, erscheint die Behauptung selbstverständlich; als rechtliche Lösung ist sie unhaltbar. Einer „positiven Bestimmung" bedurfte es nicht, denn es giebt eben nur ein aut—aut. Und haben nicht die gesetzlichen Ausdrücke „Restitution", „Wiederaufnahme des Verfahrens" genügend positive Bedeutung? Das außerordentliche Rechtsmittel soll ausnahmsweise dem älteren Judikat die verlorene Kraft wiederschaffen durch Vernichtung des späteren. Daraus ergiebt sich der Schluß für den Fall der Ablehnung solcher Vernichtung.

1) S. 150.

2) l. 23 § 1 D. de cond. indeb. 12, 6.

3) Pernice S. 150.

4) l. 32. C. de transact. 2, 4.

5) Pernice S. 149.

der Kaiser Valens und Valentinian[1] eine Begründung, die vollends — keine ist: post sententiam pacisci non licere, juris ordine praecavetur unde cum supplicans, inique se oppressum et post sententiam sacri auditorii depactum esse commemoret — — legum auxilio consula supplicanti." Die Partei soll ungerecht bedrückt worden sein dadurch daß sie nach erstrittenem günstigem Urtheil von dem (vielleicht einflußreicheren) Gegner zu einem ungünstigen Vergleich bestimmt wurde. Das wäre nun ein ganz neuer, man würde heute sagen: ein sozialer Gesichtspunkt, der aber doch im Besonderen mit der Lehre von der transactio post rem judicatam nichts zu schaffen hätte. Es ist interessant, daß den Kaisern Valens und Valentinian nach fast $1^1/_2$ Jahrtausenden ein warmer Vertheidiger entstand in keinem geringeren als Thibaut.[2] Er war es dann, der den Satz aufstellte: „die Gerichte (sind) dabey interessirt, daß ihr Ansehen erhalten werde, und daß nicht, nach völlig ausgemachter Sache, wieder ein angeblicher Vergleich als höchste Instanz erscheine!"[3] Diese Lehre hat zunächst wenig Anklang gefunden, erst Regelsberger[4] ist Thibaut beigetreten und danach hat Bülow die auctoritas rerum judicatarum als Stütze für die absolute Rechtskraft verwerthet.[5]

---

1) Consultatio IX § 1 (ex corp. Hermog).

2) Arch. f. d. c. Pr. VIII. S. 302: „mehrere Bauern hatten mit ihrem Gutsherrn über eine Weidegerechtigkeit viele Jahre gestritten. Der Gutsherr hatte den Prozeß durch alle Instanzen verloren; als aber bei der letzten Auseinandersetzung der Schaden liquidirt ward, schützte sich der Gutsherr mit einem soeben geschlossenen Vergleich, wodurch ihm für nicht mehr als 10 Thaler in allen Dingen Recht gegeben war. Das Untergericht verwarf aber den Vergleich bloß wegen L. 32 C. de transact. und wir (das Heidelberger Spruchkollegium und Th. als Referent) trugen keine Bedenken, diese Entscheidung aus demselben Grunde zu bestätigen", — und S. 307: „Ruhige und gutgesinnte Menschen pflegen — nichts mehr zu fürchten als Prozesse; aber der Zanksüchtige ruhet nie, und ist mithin dem Friedfertigen immer furchtbar. Kann also post rem judicatum noch immer von Ungewißheit, und Beylegung derselben durch Vergleiche geredet werden, so behält der Bösartige stets die Waffen in der Hand und wird leicht durch angedrohte Weiterungen einen Vergleich erzielen. — — Hierzu passen denn auch in der — Konstitution von Valentinian und Valens die Worte „inique se oppressum" sehr gut; und ich würde bey Betrachtung des im Eingange erwähnten Falles auf der Stelle dasselbe gesagt haben, wie mir die armen Bauern den kümmerlichen Vergleich vorgelegt hätten."

3) Ebenda S. 306.

4) Pand. S. 623, vgl. auch unten S. 322 Note 4 (Lenel).

5) Die neueste, sehr eingehende Monographie über den Vergleich: C. Bertolini, della transazione secundo il diritto romano (Turin 1900) folgt (S. 345 ff.) der bisher herrschenden Meinung bei Begründung der Nullität des Vergleichs contra r. j. (oben S. 320). Bertolini verwerthet aber Bülow's Lehre von der Nothwendigkeit

Neu ist in Bülow's Auseinandersetzung die Unterscheidung zwischen Vergleich über die Rechtskraft (oder Verzicht darauf) einerseits und Vergleich über die actio judicati andererseits.[1] Daß dieser Gegensatz auf die römischen Quellen zurückgeführt werden könne, scheint mir nicht dargethan zu sein.[2] Die von den Juristen gebrauchten Worte: das eine Mal de re judicata oder super judicato und dann wiederholt post sententiam, post rem judicatam — sind doch wohl nicht entscheidend. Gelegentlich giebt denn auch Bülow selbst wieder zu, „daß die beiden Verzichtsgeschäfte (nämlich Rechtskraftverzicht und Judikatsanspruchsverzicht) in den Quellen doch nicht immer mit voller Deutlichkeit getrennt von einander erscheinen".[3] Ich vermag aus keiner der in Frage kommenden Stellen mit Sicherheit etwas zu entnehmen über einen Verzicht auf die Rechtskraft, über einen Vergleich, dahin gehend, daß die entschiedene Sache noch ein Mal gerichtlich entschieden werden solle.[4] Ganz verschieden davon ist freilich die andere Frage, ob nicht den Parteien die Möglichkeit offen gestanden habe, durch (vielleicht vereinbarte) Nichtvorschützung der exc. r. j. ein neues abweichendes Urtheil zu Wege zu bringen.[5] Dies ist sicher für das römische Recht zu bejahen, es ist aber noch vollends außer Zweifel gesetzt für unser heutiges Recht.

Bülow selbst hebt[6] die zwischen Rechtsvergleich und Urtheil bestehende Zweckgemeinschaft scharf hervor, er stellt demgemäß als nahe verwandt nebeneinander das von ihm konstruirte Verbot der transactio de re judicata und das Verbot des judicare de re judicata. Oben ist indessen dargelegt, daß ein absolutes Verbot, de re judicata zu

des Schutzes der auct. r. j. zur Erklärung des Umstandes, daß die römischen Kaiser so häufig ausdrückliche Verbote des Vergleichs p. r. j. erließen (vgl. Regelsberger a. a. O.). Uebrigens scheidet Bertolini sehr mit Recht, soweit er auf Thibaut zurückgeht, das „inique se oppressum" aus, als ein zufälliges, nicht in der Sache selbst liegendes Moment: „Ma escludiamo d'altronde che si possa ammettere il concorso della violenza morale in tutti i casi" (S. 352).

1) A. a. O. S. 80 ff.

2) A. M. Oertmann S. 207: „ohne jeden Zweifel".

3) S. 106 Abs. 2. Vgl. auch Pergament, Sav. Ztschr. Bd. 16 S. 357.

4) Stände nicht schon der Konsumtionsgedanke entgegen? Die ursprüngliche Obligation ist durch L.C. und Urtheil aufgezehrt; vgl. Lenel (Exceptionen S. 132 Anm.), der übrigens auf S. 133—134 die Unverzichtbarkeit der exc. r. j. behauptet, „wiewohl es hier an ausdrücklichen Zeugnissen fehlt; denn das Interesse des Staats an der Autorität des Urtheils — erlaubt nicht, daß der Erfolg des Urtheils (?) — zum Gegenstande eines Privatgeschäfts, vielleicht gar eines Handels gemacht werde". — Das ist also (1876) bereits die Bülow'sche Lehre von der auctoritas r. j.

5) Pernice S. 149 Note 4 mit Hinweis auf Lenel S. 131.

6) S. 83 u. 85.

judiciren nach der C.P.O. **nicht** bestehe. Ebensowenig kennt unser heutiges Recht ein absolutes Verbot des Vergleichs über die Rechtskraft im soeben bezeichneten Sinne.

Ein Beispiel: Zwei Königsberger haben Jahre hindurch erbittert prozessirt, das rechtskräftige letzte Erkenntniß befriedigt beide nicht, sie vereinbaren (vielleicht läßt sich die günstiger gestellte Partei durch eine Leistung des Gegners dazu bewegen) eine neue Prozeßführung. Der ohne Einwendung des Beklagten vom Kläger angerufene Amtsrichter in Straßburg ahnt nichts vom früheren Rechtsstreite, die Parteien reden nicht davon, das straßburger Urtheil wird rechtskräftig. Die dadurch ungünstiger gestellte Partei erhebt die allein noch mögliche Restitutionsklage. Sie wird gemäß ausdrücklicher Gesetzesvorschrift[1] abgewiesen: daß straßburger Urtheil und nur dieses ist wirksam, die Rechtskraftwirkung des früheren Urtheils ist gebrochen, und zwar mittelbar durch den Parteiwillen.

Läßt sich dem gegenüber die **Bülow**'sche Lehre von der absoluten Ungiltigkeit selbst nur des reinen Rechtskraftverzichts für unser heutiges Recht vertheidigen?

Der Satz: „Kein Vergleich durch den sich die Parteien über die Rechtskraft des Urtheils hinwegsetzen könnten", wird von **Bülow** nur bezogen auf den Rechtskraftvergleich im engeren Sinne.[2] Für gegenwärtig unbedingt zulässig wird dagegen erklärt der Vergleich über die actio judicati.[3] Das römische Recht ließ denselben ursprünglich garnicht, später nur beschränkt zu. **Bülow** hat, einen Gedanken von **Puchta** verfolgend, ausgeführt, daß es sich nach dieser Richtung gehandelt habe um spezifisch altrömische Grundsätze für die Fälle der Litiscrescenz, davon habe sich später abgelöst das Verbot der transactio post rem judicatam. Die auctoritas rei judicatae sei erst danach von der „zur höchsten Meisterschaft emporsteigenden römischen Jurisprudenz" für die Lehre verwerthet worden.

Die gemeinrechtliche Doktrin ist zu festen Ergebnissen über die Frage der Zulässigkeit des Vergleichs p. r. j. bekanntlich nicht gelangt.[4] Die älteren Praktiker betrachteten das römische Verbot als moribus abgeschafft. In neuerer Zeit wird der bewußt contra rem judicatam ab-

1) C.P.O. § 580 Z. 7a.

2) **Bülow** S. 112.

3) Die Bezeichnung ist heute zu eng, man muß sagen: über die rechtskräftig erledigten Ansprüche; denn auch die Abweisung der Klage (der Kompensationseinrede) kommt in Betracht, die positive und negative Feststellung u. a.

4) Das Nähere bei **Oertmann** S. 198ff.

geschlossene Vergleich von der herrschenden Meinung für unzulässig, für unmöglich erklärt. Dernburg[1] hält einen solchen Vergleich für wirksam, denn der in Rom geforderten förmlichen Aufhebung der Urtheilsschuld durch Acceptilation bedarf es heute nicht mehr. Ob der ohne Kenntniß eines bereits vorliegenden rechtskräftigen Urtheils über die Sache geschlossene Vergleich[2] giltig, oder, wenn nicht, anfechtbar oder nichtig sei, ist streitig; die Mehrzahl der Schriftsteller dürfte für die Giltigkeit sein. — Im Grunde ist aber doch der Streit nach dieser letzteren Richtung hin nur auf dem Gebiete der Irrthumslehre auszufechten.[3]

Wie steht unser neues bürgerliches Recht zur Streitfrage? Erledigt ist sie offenbar nicht: Cosack[4] lehrt mit aller Bestimmtheit, daß ein Vergleich auch über ein zwischen den Parteien rechtskräftig abgeurtheiltes Rechtsverhältniß schlechthin zulässig sei, „die entgegenstehende Regel des gemeinen Rechts ist aufgehoben". Mit gleicher Entschiedenheit vertritt Endemann,[5] Bülow folgend, die entgegengesetzte Meinung. Ich glaube, daß weder die eine, noch die andere Auffassung dem Gesetze gerecht wird. Ausdrücklich verboten ist der Vergleich über eine rechtskräftig entschiedene Sache im bürgerlichen Gesetzbuche freilich nicht. Daraus folgt aber gewiß noch nicht, daß ein solcher Vergleich überall zulässig, oder möglich wäre.

Das neue Gesetz hat uns mit einem Paragraphen über den Vergleich beschenkt. Es ist nur ein Paragraph und selbst dieser sollte nach dem Minoritätsantrage in der 2. Kommission fallen.[6] Auch mir ist die Nothwendigkeit dieser Gesetzesbestimmung nicht klar, wir hätten sie wohl ohne empfindlichen Nachtheil entbehren können.[7] Entscheidend für die Ablehnung jenes Antrages war nach den Protokollen der Wunsch, die Anfechtung des Vergleichs besonders geregelt zu sehen; die Wirkung des Irrthums beim Vergleichsabschlusse sollte unzweideutig festgestellt werden.[8]

1) Pand. § 109 Note 7.

2) Nur diesen Fall erwähnt der Code civ. Art. 2056.

3) So schon Risch, die Lehre vom Vergleiche 1855 S. 88 u. 22, erst Regelsberger Pand. I S. 623 und Bülow haben auf die auctoritas rei judicatae zur Begründung der Verwerflichkeit auch eines solchen Vergleichs verwerthet.

4) Lehrb. I S. 580.

5) Lehrb. I S. 870.

6) Protokolle (Ausg. Guttentag) Bd. II S. 521 ff.

7) „Das schweiz. Bd.Ges. hat nach dem Vorgange des zür. G.B. den Vergleich überhaupt nicht (als einen besonderen Vertrag) normirt." Motive (Ausg. Guttentag) Bd. II S. 650 Note 1.

8) Prot. Bd. II S. 524 ff.

Die Vorschrift (§ 779) lautet: „Ein Vertrag, durch den der Streit oder die Ungewißheit der Parteien über ein Rechtsverhältniß im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird (Vergleich), ist unwirksam, wenn der nach dem Inhalte des Vertrages als feststehend zu Grunde gelegte Sachverhalt der Wirklichkeit nicht entspricht und der Streit oder die Ungewißheit bei Kenntniß der Sachlage nicht entstanden sein würde. — Der Ungewißheit über ein Rechtsverhältniß steht es gleich, wenn die Verwirklichung eines Anspruchs unsicher ist."

Zunächst die Definition. Sie deckt sich mit der gemeinrechtlichen. Ein Vertragstypus wird charakterisirt nicht nach seinem endlichen (wirthschaftlichen) Zwecke, sondern nach einer davorliegenden Station: Beseitigung von Streit und Ungewißheit. Und das Beseitigungsmittel wird genau bestimmt: „gegenseitiges Nachgeben". Hiernach ist klar, daß ein dieser Definition entsprechender Vergleich über eine rechtskräftig entschiedene Sache zulässig und rechtswirksam ist, sofern und soweit den Parteien in Bezug auf das ihnen bekannte Urtheil „etwas zweifelhaft gewesen" war.[1] In dem Sinne hat Cosack mit seinem obigen Ausspruch Recht. Doch eine Einschränkung ist nothwendig. Wenn nämlich die Parteien keinerlei Ungewißheit hegen über Inhalt und Bedeutung des Urtheils, so ist nach der gesetzlichen Begriffsbestimmung ein „Vergleich", weil unmöglich, ausgeschlossen. Das staatliche Urtheil giebt Rechtsgewißheit, die Parteien sind einig, daß eine solche vorliege, — wie könnte ein Vertrag zur Beseitigung einer (nicht vorhandenen) Ungewißheit, eines (eben erst erledigten) Streites in Frage kommen? Das ist selbstverständlich, hat aber doch praktisch eine gewisse Bedeutung. Denn unsere Verkehrssprache verbindet thatsächlich mit dem Worte „Vergleich" nicht den von der Wissenschaft bisher festgehaltenen, sondern einen weiteren Begriff, der keineswegs stets Ungewißheit oder Bestrittenheit der Forderung voraussetzt.[2] Daß ein solcher Gegensatz zwischen dem juristisch-technischen und dem verkehrsüblichen Wortsinne durch das Gesetz verewigt wird, ist zu bedauern. Umsomehr muß betont werden, daß nur ein Vergleich im Sinne des Gesetzes bei mangelnder Ungewißheit unmöglich wäre. Der § 779 ist eben strikt auszulegen.

Und läßt man sich von diesem Gedanken leiten, so gelangt man zu ganz befriedigendem Ergebnisse: jene so oft wiederholte Lehre von der Unmöglichkeit eines contra r. j. geschlossenen Vergleichs ist höchst un-

1) Das ist die bisher von Dernburg vertretene Auffassung.
2) Vgl. Fischer, „Recht u. Rechtsschutz" S. 41.

schädlich, mehr nicht als eine altüberlieferte theoretische Turnübung. Für das Leben erweist sich der Satz als völlig inhaltsleer. Denn allein der Wissenschaft oder auch dem schönsten Gesetzbuche zu Liebe schließen eben die Parteien keine Verträge, für sie entscheidet nur der wirthschaftliche Zweck.

„Von 1000 M., die ich einklagte, sind mir 500 zugesprochen; ich lasse mich zu einem Vergleich bestimmen — so, daß mir — die 1000 ganz zugebilligt werden, aber gegen abfindungsweise Leistung eines Pferdes." [1] Was stände wohl der Giltigkeit eines solchen Vertrages entgegen? Ja, wenn zur Erreichung des wirthschaftlichen Vertragszweckes (Empfang von 1000 gegen Leistung eines Pferdes, statt Empfang von 500; Empfang eines Pferdes gegen Leistung von 1000 statt Leistung von 500) die gefahrvolle Station der Streit- oder der Ungewißheitbeseitigung zuvor passirt werden müßte! — Aber ist denn das nöthig? Die Parteien sagen eben ehrlich: so gefällt das Urtheil uns beiden nicht, da ists uns lieber, bequemer, vortheilhafter auf die andere Art uns auseinanderzusetzen. Gegen eine gesetzliche Vorschrift wird hier doch nicht verstoßen, obgleich die Parteien höchst wahrscheinlich einen solchen Vertrag als „Vergleich" bezeichnen werden; aber der § 779 kommt nicht in Frage, denn Ungewißheit liegt nicht vor und ebensowenig Streit im Sinne des Gesetzes. [2]

Die Konstruktion eines solchen Vertragschlusses über eine rechtskräftig entschiedene Sache macht doch auch keine Schwierigkeit, da wir volle Vertragsfreiheit haben, soweit nicht besondere Gesetzesbestimmungen entgegenstehen. Man kann von Novation reden, oder da das B.G.B. diese Bezeichnung nicht kennt, ganz farblos von einem Umwandlungsvertrage; man kann Verzicht, Erlaß der obsiegenden Partei mit daran geknüpftem neuen Vertragschlusse konstruiren; es wird auch meist nichts im Wege stehen, die Zustimmung der verurtheilten Partei zum neuen Vertrage als Leistung an Erfüllungsstatt aufzufassen. [3] Die Sachlage wird im einzelnen Falle entscheiden, Zweifel an der Zulässigkeit und Rechtswirksamkeit eines solchen Vertrages scheinen mir ausgeschlossen.

---

1) Das Beispiel ist von Oertmann (S. 207) aufgestellt. Daselbst heißt es ein solcher Vertrag sei „natürlich unzulässig". Dem vermag ich nicht zu folgen. Freilich habe ich aus der Oertmann'schen Formulirung des Beispiels die Worte „unter Beseitigung des Judikats" fortgelassen, weil m. E. das Judikat nicht beseitigt wird, noch beseitigt zu werden braucht (vgl. unten S. 327 f.).

2) Das rechtskräftige Urtheil kann eben nicht mehr wirksam bestritten (d. h. im Prozeßwege angefochten, im Prozesse abgeleugnet) werden.

3) B.G.B. § 364; Abs. 2 daselbst kommt für einen Fall, wie der im Text besprochene nicht in Betracht.

Aber wo bleibt das Urtheil? — Nun es ist ergangen, es ist da, es kann natürlich nicht weggeschafft werden, es hat den Parteien „Rechte verliehen, Pflichten auferlegt", die Parteien haben ihrer Befugniß und ihrem Belieben gemäß auf die betr. Rechte verzichtet, die Pflichten erlassen, neue Rechte und Pflichten an die Stelle gesetzt u. s. w. Nach dieser Richtung hat das Urtheil trotz aller Rechtskraft keine Bedeutung mehr.

Diesem Ergebnisse stimmt ja auch Bülow für das gemeine Recht zu, indem er dem Vergleiche über die actio judicati volle Wirkung beimißt?

Doch nicht ganz. Denn er will ausscheiden den Fall, daß die Parteien, auf die Rechtskraft verzichtend, die abweichende Normirung der im Urtheil geregelten Angelegenheit selbst vornehmen.[1] Dies wird schärfer noch betont von Oertmann[2] und danach lehrt Endemann[3]: „die Parteien können — weder durch Fiktion eine Vergleichsbasis schaffen, noch da, wo kraft staatlicher Autorität eine Sicherheit zumal durch rechtskräftiges Urtheil vorliegt, diese willkürlich zu einer vergleichsfähigen Ungewißheit umwandeln". Selbst wenn dieser Satz schlechthin richtig wäre,[4] ich vermag nicht den realen Werth zu entdecken, der einer solchen theoretischen Schlußfolgerung beiwohnte. Die Parteien bedürfen eben des Vertragstypus „Vergleich" nicht, um ihren wirthschaftlichen Zweck zu erreichen. Sie sind nicht behindert durch die unter staatlicher Autorität festgestellte „Sicherheit", durch die weiter bestehende Rechtskraft des Urtheils. Das durch Urtheil deklarirte Rechtsverhältniß können sie eben durch ein anderes ersetzen, wofern sie einig sind. Sie müssen befugt sein, vom Urtheil abweichende Festsetzungen zu vereinbaren; denn in Frage kommen ja nur subjektive Parteirechte und Parteipflichten, an deren Ausübung oder Nichtausübung der Staat kein Interesse hat, falls nicht positive Normen das Gegentheil darthun. Auf die juristische Konstruktion: ob Vergleich über das ursprüngliche Rechtsverhältniß, ob Erlaß, Umwandlung u. s. w. des urtheilsmäßigen Anspruchs, — darauf kommt nichts an. Nach dem Satze dabis mihi factum, dabo tibi jus und

1) S. 80.

2) S. 207.

3) S. 870.

4) Das kann ich aber nicht zugeben, vgl. oben S. 323. Wenn in dem dort behandelten Beispiele die streitenden Königsberger vor dem straßburger Gerichte anstatt das Urtheil abzuwarten einen Vergleich geschlossen hätten, und aus diesem Vergleiche die Zwangsvollstreckung nach § 794[1] C.P.O. eingeleitet wäre, — stände der bedrängten Partei ein Rechtsmittel darüber zu? — Ich möchte verneinen auf Grund der „Verwandtschaft" und „Zweckgemeinschaft" von „Rechtsvergleich und Urtheil".

nach § 157 B.G.B. muß der Richter, dem ein wohlbedächtig contra r. j. abgeschlossener Vertrag vorgelegt wird, sich für Aufrechterhaltung der Parteivereinbarung aussprechen, auch wenn die betr. Urkunde ausdrücklich von einem „Vergleiche“ redet. Und dasselbe gilt sogar dann, wenn etwa die Parteien übereinstimmend erklären, sie hätten, „einig über die Ungerechtigkeit des ergangenen Urtheils,“ ihr Rechtsverhältniß gutwillig ganz anders geordnet. Eine solche Parteiäußerung stärkt allerdings nicht die „auctoritas“ der Urtheile, sie ist aber nicht verboten und kann vernünftiger Weise garnicht verboten werden. Nach den Grundsätzen der C.P.O. kann es rechtskräftige Versäumnißurtheile geben, die beiden Parteien (mindestens wenn ihnen juristische Schulung fehlt) höchst ungerecht erscheinen müssen.[1] Für billig und ehrlich denkende Parteien wird sich daraus sehr leicht der Anlaß zu einem Vertrage contra r. j. ergeben. Hätte der Staat Grund solchen Verträgen entgegenzutreten? Ich meine, er müßte sie vielmehr begünstigen.

Nach alledem komme ich, was den bewußt contra r. j. abgeschlossenen Vertrag anlangt, zu folgenden Ergebnissen:

1. Ist für die Parteien etwas am Urtheil zweifelhaft, so kann diese (subjektive) Ungewißheit durch Vergleich nach § 779 beseitigt werden.

2. Abgesehen hiervon ist ein „Vergleich“ im Sinne dieses Paragraphen über ein rechtskräftiges Urtheil zwar begrifflich ausgeschlossen, ein solcher kann aber auch garnicht in Frage kommen, da jedes zu schützende wirthschaftliche Interesse am „Vergleich“-Abschlusse in anderer Form, bezw. auf Grund anderer Konstruktion wirksam durchgesetzt werden kann.

Der erste Satz spricht eher gegen die von Bülow vertheidigte „auctoritas rei judicatae“, der zweite beweist mindestens nichts für eine solche. Mir will es scheinen, als sei die „absolute Rechtskraft“ nicht etwa aus einer nachweisbaren „auctoritas r. j.“ erschlossen, sondern umgekehrt diese „auctoritas“ zur Stütze der erstrebten „absoluten Rechtskraft“ konstruirt werden. Aber die Konstruktion ist keine glückliche. Sie versagt für unser neues Recht soweit die sententia contra r. pr. j. lata in Betracht kommt, sie versagt in Anwendung auf den bewußt contra r. j. abgeschlossenen Vergleich.

Noch eine Position bliebe übrig: der ohne Kenntniß vom Urtheil abgeschlossene Vergleich über eine rechtskräftige Sache. Hierüber giebt der § 779 die Entscheidung, — sie lautet aber gegen Bülow's Lehre.

---

1) Ist nicht doch dieser Punkt übersehen worden von Bülow S. 82: „prozeßsüchtig und wagnißlustig oder vollständig unzurechnungsfähig“, — und von Oertmann S. 211: „eine psychologische Unmöglichkeit“ —?

Das muß schon deshalb schlechthin anerkannt werden, weil das Gesetz keineswegs etwa den Irrthum über das Vorliegen einer r. j. besonders hervorhebt. Vielmehr wird eine ganz allgemeine Regel, anwendbar auch auf Unkenntniß anderer Umstände, gegeben. Die von Bülow vertheidigte besondere auctoritas soll aber doch aus Gründen öffentlichen Rechts ausschließlich dem Urtheil zukommen.

Nach dem B.G.B. werden die verschiedensten Fälle eines wesentlichen Irrthums,[1] ohne daß die r. j. überhaupt ausdrücklich erwähnt wäre, durch den § 779 getroffen. Es handelt sich eben um eine besondere Regelung der Wirkung des Irrthums überhaupt beim Vergleichschlusse. Der Vergleich soll wegen Irrthums beim Abschlusse „unwirksam", d. h. „nichtig" sein, das aber nur unter zwei scharf begrenzten Voraussetzungen:

1. „wenn der nach dem Inhalte des Vortrags als feststehend zu Grunde gelegte Sachverhalt der Wirklichkeit nicht entspricht und

2. der Streit oder die Ungewißheit bei Kenntniß der Sachlage nicht entstanden sein würde." —

Der zweite Punkt interessirt hier nicht, denn in den Fällen des Irrthums über das Vorhandensein einer früheren res judicata wird man diese Voraussetzung stets, oder doch ganz regelmäßig, als bestehend annehmen müssen.

Umso bedeutsamer ist die Fassung der ersten Voraussetzung: der der Wirklichkeit nicht entsprechende Sachverhalt muß „nach dem Inhalte des Vertrags als feststehend zu Grunde gelegt" sein. Meist wird man wohl eine ausdrückliche hierauf abzielende Erklärung der Parteien fordern müssen, es ist aber nicht ausgeschlossen, daß nach der Lage des Falls auch bereits eine stillschweigende Erklärung genüge. Das Gewicht der, wie die Protokolle[2] lehren, sorgfältig erwogenen Formulirung ruht offenbar auf den Worten „als feststehend (positiv oder negativ) zu Grunde gelegt". Damit sind ausgeschieden nicht nur die Fälle, in denen unter den Parteien streitig oder ungewiß war, ob eine ältere res judicata vorliege,[3] sondern auch der Fall, daß die Parteien die Möglichkeit des Vor-

1) Cosack (S. 582) erläutert die Bestimmung an einer Schenkungsurkunde, die unleserlich geschrieben ist oder von den Parteien für die Urschrift gehalten wird, während nur eine Abschrift vorliegt. Oertmann, Kommentar (S. 506) bringt als Beispiel den Fall, daß dem vermeintlichen Erben des Schuldners vergleichweise für die Anerkennung der Schuld eine Zahlung geleistet wurde und nachher sich herausstellt, daß der Empfänger garnicht der Erbe war.

2) II 519—527.

3) Oertmann u. Cosack a. a. O. — Motive II S. 654, Protok. II S. 523, 526. Vgl. auch Planck Comm. zu § 779 (S. 525, 526).

handenseins eines früheren Urtheils überhaupt nicht in Betracht gezogen hatten. Woran man garnicht gedacht hat, das kann man (auch negativ) nicht dem Vertrage „als feststehend“ zu Grunde gelegt haben, der geschlossene Vergleich wäre also vollwirksam.

Noch ein weiterer Umstand ist aber schon hiernach klar: das Gesetz legt Gewicht ausschließlich auf die subjektive Seite. Dies wird auch besonders betont in der den Paragraph einleitenden Definition: „der Streit oder die Ungewißheit der Parteien über ein Rechtsverhältniß“ u. s. w. Wenn aber die Wirksamkeit des Vergleichs post rem judicatam sich nur bemißt nach der subjektiven Parteianschauung, nach dem Wissen der Parteien, dann fehlt eben der res judicata die objektiv wirkende Kraft, also diejenige auctoritas, die Bülow konstruirt um die absolute, jeden entgegenstehenden Vergleich hinfällig machende Rechtskraft des Urtheils darzuthun.

Bülow, der an diesem Punkte auf die Vorarbeiten für das B.G.B. nicht eingeht, behauptet,[1] durch die l. 1. D. de transact. 2. 15 werde „die Streitfrage, in welchem Sinne Rechtsungewißheit zum Vergleich erforderlich“ sei, „entschieden“: es müsse „subjektive und objektive Ungewißheit“ vorliegen. Dem hat sich neuerdings schlechthin angeschlossen Endemann,[2] der aber noch über Bülow hinausgeht mit der Aufstellung, daß auch unter der Herrschaft des B.G.B. das doppelte Erforderniß subjektiver und objektiver Ungewißheit zu wirksamem Vergleichsschlusse nothwendig sei.

Worauf diese Lehre abzielt, ist klar: jeder Vergleich, der einem rechtskräftigen Urtheile zuwiderläuft, mögen die Parteien auch von der r. j. nichts geahnt haben, wäre schlechthin nichtig.

Das scheint mir doch nicht annehmbar zu sein.

Ulpian sagt zwar: qui transigit quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit. Daß aber das et hier den scharfen Gegensatz bezeichnen solle: subjektive und (hinzutretend) objektive Ungewißheit, will mir nicht einleuchten. Der Stelle wird weniger Zwang angethan, wenn man sie unbefangen nur versteht von subjektiver Ungewißheit; als Beispiele einer solchen wären dann neben einander gestellt die res dubia und die lis incerta neque finita. — Doch das nur nebenbei. Heute kommt ja für die Lösung der Frage nicht mehr Ulpians Ausspruch in Betracht, sondern der erwähnte § 779 unseres neuen Gesetzes.

Nun sagt Endemann selbst: „Nach § 779 muß eine Ungewißheit

1) S. 83.
2) S. 870.

„der Parteien“ vorliegen. Das trifft mit der herrschenden Lehre des gemeinen Rechts zusammen, wonach eine subjektive, nicht eine objektive Ungewißheit verlangt wird.“ Trotzdem heißt es wenige Zeilen später: „die einseitige Betonung einer bloß subjektiven Ungewißheit sei „nicht für zulänglich“ zu halten.[1] Was dann zur Lösung dieses auffälligen Widerspruchs angeführt wird, dürfte nicht zutreffen. Endemann bemerkt zunächst, die Betonung nur der subjektiven Ungewißheit stehe entgegen dem von der herrschenden Meinung, Dernburg ausgenommen, vertheidigten Satze, „daß ein rechtskräftiges Urtheil durch Vergleich[2] nicht beseitigt werden kann.“ — Das könnte doch heute nicht durchschlagen, weil ja die „herrschende Meinung“ nur das gemeine Recht berücksichtigte. Aber Endemann fügt noch hinzu: „dies (d. h. die Nothwendigkeit einer Mitberücksichtigung der objektiven Ungewißheit) entspricht auch dem B.G.B.“ Der Ausspruch wird wie folgt begründet: in der ersten Lesung sei dem Urtheile lediglich dispositive Kraft zugesprochen gewesen. In Folge von Bülow's Angriff sei diese Bestimmung gefallen. „Danach hat das Urtheil absolute Rechtskraft, wie das dem Zwecke des Urtheils als finis controversae und der Autorität des rechtskräftigen Richterspruches entspricht und gegen die Ueberschätzung der Macht des Privatwillens Front macht.“ Wenn die Protokolle trotzdem auf S. 8391 erwähnten, daß die Rechtskraft eines Urtheils nicht von Amts wegen, sondern nur auf Parteiantrag zu beachten sei, so könne das nicht entscheiden „weil die Partei, wenn die absolute Rechtskraft anerkannt wird, sich in jeder Instanz und auch gegen einen Vergleich auf das Urtheil berufen darf.“

Dem wäre entgegen zu halten: wenn nach dem Erscheinen von Bülow's Abhandlung die darin angefochtene Bestimmung des § 191 [2] in der zweiten Lesung gestrichen wurde, so folgt doch aus solcher Streichung noch nicht die Uebernahme der Bülow'schen Lehre von der „absoluten Rechtskraft“ in das neue Gesetzbuch![2] Der Wegfall jener Bestimmung

1) Gegen Endemann: Oertmann Komm. S. 505[3], vgl. auch Matthiaß Lehrb. I S. 578.

2) Die Meinungsverschiedenheiten in der Kommission selbst ergeben sich anschaulich aus den Protok. I S. 255—257. Abs. 2 des ursprünglichen § 191 (vgl. oben S. 311) wurde bei Revision der 2. Lesung gestrichen (Prot. VI S. 142, 143 XI). In der „Denkschrift“ (Guttentag 1896) findet sich dann noch der Abs. 1 des § 191 als zur Aufnahme in die C.P.O. vorgeschlagen (Anlage II § 293a S. 321). In der Reichstagsvorlage für die Civilprozeßnovelle v. 9. Dezember 1897 fehlt schließlich auch der Abs. 1 des § 191 a. a. O. (bezw. der § 293a, (Materialien zu den Reichs-Justizgesetznovellen 1897—1898), Heymann 1898 Bd. I S. 26ff.). Zieht man danach die Summe, so ergiebt sich mehr nicht als dieses: Die Kommissionen zur Berathung

ließ zunächst nur die Frage offen, ob von Amts wegen oder allein auf Antrag die Rechtskraft eines Urtheils zu berücksichtigen sei. Diese Frage ist auch im B.G.B. unbeantwortet geblieben. Wohl aber glaube ich auf den vorhergehenden Seiten dargethan zu haben, daß unser heutiges Recht diejenigen Grundsätze, aus denen Bülow die „absolute Rechtskraft" herleiten will, nicht kennt, zum Theil sogar ausdrücklich verwirft.

Für jene offen gelassene Frage ist eben die Antwort anderen Grundsätzen zu entnehmen. —

Und damit kann ich von der bisher kritischen, in der Hauptsache negirenden Untersuchung nunmehr übergehen zu positiver Konstruktion.

4.

Ich habe bereits am Eingang gesagt, daß, trotz der unzutreffenden Begründung, Bülow's Lehre von der „absoluten Rechtskraft" in ihrem wichtigsten praktischen Ergebnisse zu billigen sei. Auch ich bin überzeugt, daß unser Prozeßrichter eine vorliegende res judicata von Amts wegen zu berücksichtigten und durchzusetzen habe.

Neu ist der Gedanke gerade nicht, auf dem diese Ueberzeugung ruht. Vor mehr als zwei Jahrtausenden schon legte Platon dem Sokrates die Frage in den Mund, ob denn ein Staat bestehen könne, in dem gerichtliche Entscheidungen von Privaten ungiltig gemacht werden dürften? Pernice, der auf diese Stelle im Kriton hinweist,[1] hat auch hervorgehoben, daß in der römischen „Ueberlieferung ein Bewußtsein von der staatsrechtlichen Herkunft und Bedeutung des Satzes" sich finde.[2] Dennoch gefiel es den römischen Juristen, für den Civilprozeß jenen staatsrechtlichen Gedanken zur Geltung zu bringen nur durch den Satz bis de eadem re ne sit actio. Das privatrechtliche Klagerecht durfte nur einmal geübt werden und war damit aufgezehrt. Und die Gegenpartei hatte sich darauf zu berufen mit der exceptio r. i. j. d. später mit der exceptio r. j. Ueber diese negative Wirkung beider Exceptionen ist man einig. Seit Keller[3] spricht man aber auch von einer positiven Wirkung der Rechtskrafteinrede: nicht nur die „zer-

des B.G.B. haben die Aufnahme allgemeiner Bestimmungen über das Wesen der Rechtskraft in das B.G.B. bezw. in die Civilprozeßnovelle geplant, das ist aber schließlich nicht zur Ausführung gekommen. Also ein rein negatives Ergebniß, das keinerlei positive Schlußfolgerungen rechtfertigt.

1) S. 147 Note 2.

2) Schon 1884, Sav.Ztschr. Bd. V, Parerga II S. 39.

3) L.C. u. U. S. 223.

störende Wirkung des Urtheils, die Consumtion", sondern auch „der positive Inhalt" desselben könne geltend gemacht werden. Für das römische Recht ist diese Erweiterung der exc. r. j. neuerdings bestritten worden.[1] Für unser heutiges Recht hat die Wissenschaft die „positive Funktion des rechtskräftigen Urtheils" durchgesetzt: der Urtheilsinhalt selbst wird von der Partei geltend gemacht, positiv: zur Vertheidigung oder zum Angriff, die negative Funktion dagegen ist hinweggefallen. Das ist zweifellos, wenn diese technischen Ausdrücke in Keller's Sinn, im Sinne der römischen Prozeßlehre verstanden werden.

Aber seit der Römerzeit hat sich der Begriff des Civilurtheils gründlich gewandelt. Im Anschluß wohl an germanische Anschauungen tritt jetzt die staatsrechtliche Natur auch des Civilurtheils immer schärfer hervor. Die Urtheitsfällung ist staatlicher Akt, vollzogen von der richterlichen Obrigkeit. Das Urtheil ist staatlicher rechtsfeststellender Ausspruch, der den Parteien autoritativ Gewißheit giebt über ihre in Streit befangenen subjektiven Rechte.

Zwar das staatliche Gericht kann bei der Rechtsfeststellung fehlgreifen. Das ist hinzunehmen als nothwendiges Uebel, wenn das hohe Gut der Rechtssicherheit erhalten werden soll. War dies schon den römischen Juristen klar, trotz ihrer Hinneigung zur privatrechtlichen Konstruktion des Prozeßes, — bei unserer heutigen Auffassung des Civilurtheils als eines staatlichen Akts kann vollends darüber kein Zweifel sein. Das rechtskräftige Urtheil ist demnach endgiltige Rechtsfeststellung.

Andererseits hat der Staat ein unmittelbares Interesse am Ausfall des Urtheils zu Gunsten des Klägers oder des Beklagten nicht. Er hat nicht einmal daran ein Interesse, daß das von seinen Organen der einen Partei zugesprochene Recht thatsächlich verwirklicht werde. Darum leiht er zwar im Zwangsvollstreckungsverfahren dem Prozeßsieger seinen Arm; aber nur falls und soweit der Sieger darum nachsucht: derselbe kann ja ganz oder theilweise auf die Geltendmachung seines Rechts verzichten. — Diese Erwägung und die Neigung unserer Prozeßwissenschaft, Anlehnug an die klassische Jurisprudenz Roms zu nehmen, haben der römischen Lehre von dem allein zuläßigen Parteieinwande der r. j. bis heute das Leben gefristet.

Erst neuerdings zeigt sich eine Wandlung,[2] die zuletzt erfolgreich

1) Bekker Die proz. Konsumtion, 1853, und dazu Dernburg Pand. § 162 Note 4.

2) Ich weise hier nur hin auf Lenel (s. oben S. 322 Note 4), auf Kohler prozr. Forsch. 1889: Gemischte Einreden S. 88 ff. — vgl. auch oben S. 311 Note 4 und (Bülow folgend) die ebd. Note 2 Genannten. Andererseits hat sich mit besonderer Entschieden-

unterstützt worden ist durch Bülow's entschiedenes Eintreten gegen Savigny's Theorie von der „exceptio rei judicatae“. — Ich meine, daß die neue Lehre von der „Unverzichtbarkeit“ der Rechtskrafteinrede sich durchsetzen muß; und zwar deshalb, weil nur sie, nicht die römische Konstruktion, mit der heutigen Auffassung von Gericht und Urtheil vereinbar ist. Die bisher herrschende Lehre hat diesen Punkt nicht genügend beachtet, ist über ihn hinweggeglitten. Das beweisen selbst Savigny's berühmte Ausführungen, die — freilich dadurch mit sich selbst in Widerspruch gerathend — doch den Kern des ganzen Problems richtig hervorheben.[1]

Gewiß, am Inhalte des einzelnen Urtheils hat der Staat nur ein geringes, mittelbares Interesse. Ein erhebliches, unmittelbares Interesse aber hat er daran, daß nicht, trotz der von seinem Organ, dem Richter, gefällten Entscheidung, der Parteistreit beliebig erneuert werde. Der Staat wird erheblich in Mitleidenschaft gezogen wenn seine Gerichtsurtheile nicht streitbeendend wirken, nicht den sichereren Zustand der Unstreitigkeit herbeiführen; er ist unmittelbar daran interessirt, daß nicht die staatlichen Rechtspflegeeinrichtungen frivolem Parteibelieben, müßiger Zanksucht zum Spielball werden. — Weiter aber reicht auch das öffentliche Interesse an der Frage nicht. Zwar der geordnete Staat erstrebt möglichst gerechte Justiz, gestattet deshalb ausgiebige Prüfung und Ueberprüfung der Urtheile im Instanzenzuge. Ist aber der Instanzenzug durchmessen oder versäumt, dann hat nach heutiger Auffassung der Staat das Seinige zur Rechtsgewährung gethan, und nun kann und muß er in aller Schroffheit sein Interesse, das öffentliche Interesse zur Geltung bringen. Hierzu wiederum bedarf es der Anerkennung nur eines einzigen Grundsatzes, lautend, wie folgt:

> „es (ist) ein Prinzip unserer Staatsordnung —, daß ein und dieselbe Sache nur einmal entschieden werden soll“.

---

heit gegen die Zulässigkeit amtlicher Berücksichtigung der res judicata ausgesprochen: Ernst Demelius „Zur Lehre v. der Rechtskr. des Civilurth.“ Wien 1892 S. 24 ff.

1) Im Syst. VI S. 270, 271 findet sich für die Rechtskraft folgende Formel: „Dem Inhalt eines gesprochenen Urtheils soll kein späteres Urtheil widersprechen.“ Savigny weist darauf hin, daß diese Formel, wie die älteren blos verneinend erscheine, und fährt dann fort: „da indessen kein Richter die Entscheidung eines ihm vorgelegten Rechtsstreits verweigern darf, so löst sich jene Formel sogleich in diese andere auf: Wenn in einem gegenwärtigen Rechtsstreit eine Frage vorkommt, worüber schon in einem früheren Rechtsstreit ein Urtheil gesprochen worden ist, so muß der Richter den Inhalt jenes Urtheils — seinem eigenen Urtheil zum Grunde legen.“ — Der Richter „soll“, „muß“ — das aber nur falls die Einrede von der Partei vorgebracht wird (S. 270, 272).

Diese scharfe, unzweideutige Formulirung stammt von Kohler.[1] Erkennt aber unser heutiges Recht diesen Satz an?

Unser Prozeßgesetz giebt darauf keine Antwort; es bietet uns statt des Brodes einen Stein, statt eines Grundsatzes ein Wort: „Rechtskraft", das noch dazu offenbar verschiedener Bedeutung fähig sein soll.[2] Dessenungeachtet steht die Sache doch wohl so, daß die Geltung des Satzes bei uns des Beweises nicht bedarf. Es handelt sich um etwas selbstverständliches!

Wir finden den Gedanken klar ausgesprochen bei Platon,[3] weniger bestimmt, aber doch erkennbar in den Digesten.[4] Im Schwabenspiegel heißt es:[5] „swaz vor einem verurteilet ist, daz sol vor dem andern stäte sin." Justus Möser[6] lehrt in seiner originellen Weise: „es ist ein Nothrecht für die menschliche Ruhe, nach welchem nun einmal dasjenige — förmliches Recht sein soll, was — dafür erklärt oder ausgesprochen worden." Andernfalls „würde — die größte Verwirrung entstehen". — „Alle Nationen haben dieses erkannt, die eher an Prozeßordnungen als an Gesetzbücher gedacht haben. Jene zeigen den Weg zum „förmlichen Rechte." Savigny's Ausspruch ist soeben wiedergegeben worden. Endlich folgt obiger Satz auch im Rückschlusse aus den gesetzlichen Vorschriften über den Instanzenzug. Insbesondere hat Bülow treffend darauf hingewiesen, daß die Rechtsmittelfristen auch heute Nothfristen sind, derart, daß das „Heranwachsen der Sachentscheidung zur unumstößlichen Rechtsgeltung — vom Moment der Urtheilszustellung ipso jure, ohne den Willen der siegreichen Partei, und selbst wenn sie das Gegentheil will, vor sich" geht.[7] Und sind nicht beweisend bereits die eng

1) Vgl. den oben S. 333 Note 2 angeführten Aufsatz S. 97, ebd. S. 90 heißt es zutreffend „daß der Staat nur einmal mit der Sache befaßt werden soll". — Kohler behandelt das mit Recht als selbstverständlich, zumal er nach dem Gegenstande der Abhandlung dort nicht ex professo das Wesen der „Rechtskraft" erschöpfend zu erörtern hatte.

2) C.P.O. § 322 vgl. mit E.G. § 19, C.P.O. § 705 — „formelle" u. „materielle Rechtskraft".

3) S. oben S. 332 zu Note 1.

4) Paulus im ersten Theile der l. 6 Dig. d. exc. r. jud. 44, 2.

5) Kap. 92 (Wackernagel) S. 91.

6) Patr. Phant. IV. „Von dem wichtigen Unterschiede des wirklichen und förmlichen Rechts", Ausg. v. 1871 S. 69 u. 71.

7) Im Abschnitt über „die Rechtskraftbestimmungen des Civilprozeßrechts" a. a. O. S. 149. — Anschaulicher nicht nur, sondern auch korrekter ließ das gemeine Recht die Rechtsmittelnothfrist unabhängig von der Parteiaktion mit der Urtheilsverkündigung beginnen. M. E. war es nicht nothwendige Konsequenz des „Parteibetriebs", daß die C.P.O. auch an diesem Punkte vom gemeinen Rechte abwich. Nach der österreichischen P.O. §§ 464, 414, 416, beginnt der Lauf der 14tägigen Berufungsfrist wieder mit der von amtswegen vorzunehmenden Zustellung der schriftlichen Urtheilsausfertigung, in Bagatellsachen ev. mit der Verkündung des Urtheils an die Parteien.

begrenzten reichsgesetzlichen Bestimmungen über eine „Wiederaufnahme des Verfahrens“? Welchen Sinn endlich hätten die Bestimmungen der C.P.O. über das Versäumnißverfahren, wenn nach rechtskräftigem Versäumnißurtheil dasselbe Gericht oder ein anderes bei übereinstimmendem Antrage der Parteien gezwungen wäre, über das Versäumnißurtheil hinweg neue Verhandlung zur Sache zuzulassen und ein neues Urtheil zu fällen?

Hiernach ist statt der oben gestellten Frage nach der Geltung jenes Kohler'schen Satzes vielmehr die umgekehrte Frage am Platze: wie ist es gekommen, daß unsere moderne Prozeßwissenschaft nicht die öffentlichrechtliche Natur des Verbots einer abermaligen Aburtheilung rechtskräftig entschiedener Sachen schlechthin in den Vordergrund gestellt hat? — Ich finde darauf nur wieder die eine Erklärung, daß man eben durch die römische, an der „exceptio r. j.“ ausgebildete Rechtskraftlehre sich gefangen nehmen ließ.

Pernice hat in seiner wiederholt von mir verwertheten Untersuchung den Nachweis erbracht, daß die klassische römische Jurisprudenz, im Hinblick zugleich auf die römische Gerichtsverfassung, bei der privatrechtlichen Konstruktion verharrte, obgleich sie das eingreifende Moment öffentlichen Rechts keineswegs ganz übersah. Damit ist unsere Befugniß „über das römische Recht hinaus“ zu gehen dargethan. Wir haben das Problem der Rechtskraft heute nach unseren heutigen Anschauungen vom Gerichtswesen zu lösen. Für uns ist der Civilprozeß eine Einrichtung öffentlichen Rechts, unsere Gerichte sind (was die römischen Geschworenen nicht waren) Obrigkeiten, denen auch die Wahrung öffenlichrechtlicher Normen obliegt. Sie haben von Amts wegen die gesetzlichen Vorschriften über Parteifähigkeit, Prozeßfähigkeit, ordnungsmäßige Vertretung zu beobachten,[1] sie würden pflichtwidrig handeln, wenn sie, trotz des entgegenstehenden staatsrechtlichen Verbots, bewußt nochmals über eine bereits rechtskräftige entschiedene Sache aburtheilten.

So komme ich praktisch zu demselben Ergebnisse, dem Bülow's Lehre von der „absoluten Rechtskraft“ zustrebt: die exceptio rei judicatae ist nach heutigem Rechte unverzichtbar, sie ist es nach meinem Dafürhalten deshalb, weil ihr ein staatsrechtliches Verbot zu Grunde liegt.

Damit ist aber nicht etwa nur eine zweite mögliche Konstruktion für die „absolute Rechtskraft“ im soeben bezeichneten Sinne gewonnen. Ich glaube weiter gehen und sagen zu dürfen, daß nur die hier vertheidigte Konstruktion das Ergebniß rechtfertigt. Denn jenes staatsrecht-

1) Die „unverzichtbaren Einreden“ des § 274 C.P.O.

liche Verbot bildet eben den alleinigen Kern dessen, was wir „Rechtskraft nennen, in diesem Verbot ist das Wesen der Rechtskraft erschöpft.

„Rechtskraft des Urtheils“ ist nicht etwa eine positive, unmittelbar dem Richterspruche innewohnende Eigenschaft, — sie ergiebt sich nur mittelbar als Wirkung jenes Verbots abermaliger Aburtheilung. Und weil es sich so verhält, deshalb ist eben die „auctoritas rei judicatae“ für den Aufbau der Rechtskraftlehre ein schwankender Boden. Das lehren auch die von dieser „auctoritas“ handelnden Aussprüche der römischen Juristen: die feste Begrenzung fehlt überall. Bülow's Ausführungen zu Gunsten der „absoluten Rechtskraft“ werden hauptsächlich deshalb anfechtbar, weil sie fußen, nicht etwa auf dem prinzipalen, nur negirenden Satze, sondern auf einer positiven Wirkung desselben. Das zeigt sich klar, so weit die Unzulässigkeit der transactio p. r. j. als Ausfluß der auctoritas r. j. dargestellt wird. Die Zwiespältigkeit der Quellenaussprüche über diesen Punkt, der schier tausendjährige Streit darüber im gemeinen Rechte erklären sich aus der unscharfen Betrachtungsweise.

Geht man von dem Verbote nur der abermaligen richterlichen Entscheidung über dieselbe Frage aus, so ergiebt sich die Lösung von selbst: ein Vergleich über die durch rechtskräftiges Urtheil deklarirten Parteirechte wird durch das Verbot garnicht getroffen, bleibt den Parteien schlechthin offen, — soweit nicht Gründe in Frage kommen, die außerhalb der Rechtskraftwirkungen liegen. Ein solcher selbständiger Grund ist für uns durch die Begriffsbestimmung des „Vergleichs“ im B.G.B. gegeben; sie schließt den „Vergleich“ über die res judicata aus. Das ist aber nur eine Folge jener Begriffsbestimmung, nicht etwa Ausfluß einer „auctoritas r. j.;“ denn diese „auctoritas“ hindert die Parteien nicht, durch einen anderen Vertrag dem Urtheil jede praktische Bedeutung zu nehmen. Römische und gemeinrechtliche Wissenschaft verfuhren durchaus richtig, wenn sie die Kontroverse über die transactio p. r. j. nicht sowohl mit der Rechtskraft, als mit dem Wesen des „Vergleichs“ zusammenbrachten.

Und umgekehrt: Der Bülow'sche, die Herbeiführung einer abermaligen richterlichen Entscheidung bezweckende „Verzicht auf die Rechtskraft“ ist „eine garnicht aufzuwerfende Frage,“ denn er liefe ja schnurstraks zuwider dem unzweideutigen Verbote öffentlichen Rechts.

Sehen wir weiter zu. Man sagt, das rechtskräftige Urtheil gebe dem anerkannten Anspruche die wichtige Eigenschaft der Liquidität, das Urtheil enthalte eine authentische Deklaration. Gewiß, unsere Gerichte sind nicht juristische Expertenstellen, sie geben keineswegs Gutachten ab. Allein eine authentische Deklaration, ein liquider Anspruch ist durch das Gerichtsurtheil erst mit dem Zeitpunkt gegeben, in dem der

Staat durch jenen Satz erklärt, ein weiteres Urtheil über die bisher zwischen den Parteien streitigen Rechte sei ausgeschlossen. Eine andere Folge des staatlichen Verbots ist die Vollstreckbarkeit des Urtheils. Der Obersatz lautet: unbestreitbare Ansprüche dürfen, ebenso wie unbestrittene, im Falle der Erfüllungsweigerung des Verpflichteten unter Anrufung staatlichen Zwanges durchgesetzt werden.[1] Darauf beruht die Sicherheit der Parteirechte.

Es giebt keine Rechtskraftwirkung unseres heutigen Rechts, die nicht ausreichend aus jenem Verbotsatze zu erklären wäre. Und umgekehrt: wenn eine nicht aus diesem Satze erklärbare Rechtskraftwirkung nachgewiesen werden soll, dann muß dafür ein anderer positiver Satz beschafft werden, — dann aber handelt es sich auch garnicht um eine Rechtskraftwirkung im richtigen Wortsinne.

Es ist doch wohl bezeichnend, daß bei Berathung des B.G.B. man das Wesen der „Rechtskraft" schließlich auch nicht anders als in negativer Wendung zusammenzufassen vermocht hat: „Das rechtskräftige Urtheil hat die Wirkung, daß das Zuerkannte nicht mehr bestritten, das Aberkannte nicht mehr geltend gemacht werden kann." Gemeint ist gerichtliches Bestreiten, gerichtliche Geltendmachung. — Wie wird aber dieses Nichtkönnen zur Wahrheit? Einzig und allein wenn von Amts wegen zur Durchführung gebracht wird das „Prinzip unserer Staatsordnung, daß ein und dieselbe Sache nur einmal entschieden werden soll." Alles was über diese Negative hinaus als positive Wirkung des rechtskräftigen Urtheils hingestellt wird, ist nur eine Folgewirkung jenes staatsrechtlichen Verbots.

Die Betonung der im Kern nur negativen Wirkung der Rechtskraft[2] hat Bedeutung auch für die Grenzscheidung zwischen öffentlichem und Privatrechte in den einschlägigen Beziehungen. Ich gebrauchte oben[3] die Wendung, daß die der Partei durch Urtheil rechtskräftig auferlegten Verpflichtungen für sie nur bindend seien, soweit der Gegner sie geltend mache. Das klingt fast wie ein Rückfall in die Lehre von der allein zulässigen „exceptio r. j." Doch gemeint ist nur dieses: ob mir subjektives Recht, Privatrechte durch Parteivereinbarung oder durch rechts-

1) C.P.O. §§ 704, 794.

2) Bülow macht (S. 58, 59) „der Theorie unseres Jahrhunderts" zum Vorwurfe, daß „die unmittelbare positive Manifestation der materiellen Rechtskraft — entweder geleugnet oder, häufiger verschwiegen" werde. Ich halte dafür, daß Bülow durch zu entschiedenes Hervorheben der „positiven" (d. h. Folge-) Wirkungen der Rechtskraft die Festigkeit seiner eigenen Darstellung beeinträchtigt hat.

3) S. 314.

kräftiges Urtheil ertheilt, zuerkannt sind, das ist grundsätzlich für den Umfang meiner Verfügungsmacht über diese Rechte gleichgiltig; ich kann auf meine Privatrechte verzichten, ich kann sie mindern, durch Vereinbarung mehren u. s. w. Nur die eine Schranke ist durch die Verbotbestimmung öffentlichen Rechts gezogen: über meine urtheilsmäßigen Rechte kann ich nicht abermals gerichtlich streiten, weil das Gericht, dem Verbote entsprechend, die abermalige Urtheilsfällung ablehnen würde. Darüber hinaus hat aber das rechtskräftige Urtheil keinerlei auctoritas. Und die auctoritas die ihm beigelegt wird, ist überhaupt nur eine erborgte, sie fließt ab aus der Autorität des staatlichen Verbots; deshalb fällt sie auch fort, wenn dieses Verbot im gegebenen Falle nicht durchgeführt wurde.[1] Zuverlässig operiren läßt sich mit der „auctoritas rei judicatae" als Ausgangspunkt heute so wenig, wie bei den Römern. Die Wendung mag zur Veranschaulichung dienen, es handelt sich im Grunde auch nur um eine „Denkfigur".

Im Uebrigen zielen meine Ausführungen nicht unmittelbar ab auf Beseitigung der hergebrachten technischen Bezeichnungen, deren unsere Wissenschaft sich beim Vortrage der Rechtskraftlehre bedient. Das Verständniß dieser Bezeichnungen kann aber doch vielleicht vertieft, gefördert werden durch Zurückführung der ganzen Lehre auf ihren einfachen Grundgedanken.

Man spricht von negativer und positiver Funktion der Rechtskrafteinrede, von materieller und formeller Rechtskraft.

Keller's eingebürgerte Unterscheidung hat nur das römische Recht im Auge und bezeichnet den behaupteten Fortschritt von der strengen Konsumtionslehre (eadem actio) zur Zulassung der Berufung auf den Urtheilsinhalt (eadem quaestio). In diesem Sinne kann für das heutige Recht gewiß nur die positive Funktion als bestehend anerkannt werden.[2] Im Sinne der vorstehenden Untersuchung haben die Ausdrücke „positiv" und „negativ", auf das heutige Recht angewandt, andere Bedeutung: in Folge des bestehenden negativen staatsrechtlichen Satzes vermag das rechtskräftige Urtheil positive Wirkungen zu äußern.

Formelle und materielle Rechtskraft andererseits pflegen dahin unterschieden zu werden: die erstere schließe den anhängigen Prozeß endgiltig, die andere bezeichne die Eigenschaft des Urtheils, wonach sein Inhalt unter den Parteien Recht sei.[3] Ich möchte nach obigem betonen, daß

1) Oben S. 323 und unten S. 342.

2) Dernburg Pand. I § 162.

3) Dernburg ebd. § 161. — Anders Wach, Vortr. 2. Aufl. S. 133: „Die materielle Rechtskraft ist die Unabänderlichkeit des Dekrets für den dekretirenden

die formelle Rechtskraft unmittelbar das grundlegende staatsrechtliche Verbot zur Geltung bringt; daß — in Anlehnung an die C.P.O. § 705 und das E.G. § 19 gesprochen — durch Eintritt der formellen Rechtskraft der Zeitpunkt bestimmt wird, von welchem ab dieses staatsrechtliche Verbot für den einzelnen Fall wirksam wird. Die materielle Rechtskraft würde dann nicht sowohl gewisse dem Urtheile als solchem innewohnende Eigenschaften bezeichnen, als vielmehr die positiven Wirkungen umfassen, die mittelbar, in Folge des prinzipalen Verbotes — dem Urtheile nunmehr zuwachsen.

Stelle ich die Grundsätze des klassischen römischen und des heutigen Rechts über die erörterten Fragen einander gegenüber, so ergiebt sich mir folgendes Bild:

Rechtskraft war in Rom, wie sie es heute bei uns ist, eine Einrichtung öffentlichen Rechts, ihrem Wesen nach in erster Reihe negativ wirkend.

Die öffentlich-rechtliche Seite, obwohl den klassischen Juristen Roms nicht fremd, wurde von ihnen verdunkelt in Folge ihres Bestrebens, dem Civilprozesse die privatrechtliche Konstruktion zu erhalten. Das hing wieder zusammen mit der dem judex mangelnden obrigkeitlichen Stellung. So bleibt es bei dem bis de eadem re ne sit actio. Die Konsumtionslehre führt den negativen Gedanken der Rechtskraft durch, indem sie die

---

und jeden anderen Richter", ebenso S. 99, 100. Dazu S. 100: „Scharf zu scheiden von dieser materiellen ist die sogenannte formelle Rechtskraft, die in der bindenden Kraft für den gegenwärtigen Prozeß liegt, in der Unabänderlichkeit für den dekretirenden und den höheren Richter." — Verstehe ich recht, so soll hiermit ausschließlich nach der prozessualen Seite hin der Gegensatz gekennzeichnet werden. Von diesem Standpunkte aus ist aber die Bezeichnung „materielle" Rechtskraft nicht wohl verwerthbar. Materielle Wirkungen auf das Rechtsverhältniß treten erst als Folge der Unabänderlichkeit der Entscheidung ein; die Unabänderlichkeit selbst (ob nur für den ersten und höheren, oder auch für jeden anderen Richter) ist doch immer nur ein formelles Moment. Bestreiten muß ich jedenfalls, daß im § 322 (293) der C.P.O. die Wach'sche „materielle Rechtskraft" gemeint sei (vgl. unten 6a). Auf S. 135 sagt ferner Wach, von der „materiellen Rechtskraft" in seinem Sinne redend: „Der Staat kann unmöglich eine stets erneute Wiederaufnahme des Prozesses gestatten. Es muß für Richterpflicht und Defensionspflicht eine Grenze geben. Ne bis in idem." Für Richterpflicht! Ist nun damit die Berücksichtigung der r. j. von Amts wegen anerkannt? Ich hoffe; aber unumwunden spricht Wach, soviel ich sehe, das nicht aus. — Klöppel, Einr. der Rechtskr. 1822, sagt (S. 7) „Die Rechtskraft als Unanfechtbarkeit ist diejenige Eigenschaft des Endurtheils (?), von welcher jede dauernde Wirkung desselben abhängt; die Vollstreckbarkeit und die Einrede (?) der Rechtskraft sind Wirkungen der Rechtskraft" —. Der Satz erinnert im Eingange an die Wach'sche Definition, giebt aber doch keine scharfe Scheidung und übersieht jedenfalls ganz die öffentlich-rechtliche Seite des Rechtskraftgedankens.

Erneuerung des einmal eingeleiteten, bezw. entschiedenen Rechtsstreits privatrechtlich unmöglich macht.[1]

Wir heute sind uns der öffentlich-rechtlichen Natur der Rechtskrafteinrichtung voll bewußt. Wir haben ein mit obrigkeitlicher Gewalt, und zwar von Jahrhundert zu Jahrhundert in steigendem Maße ausgerüstetes staatliches Richterthum. Wir führen deshalb den negativen Gedanken der Rechtskraft durch, indem wir, mit bindender Kraft für unsere Gerichte, die abermalige Aburtheilung einer bereits entschiedenen Frage für staatsrechtlich unzulässig erklären: bis de eadem quaestione ne judicetur.[2]

5.

Das zuletzt Gesagte bedarf noch einer Einschränkung. Was privatrechtlich unmöglich ist, kann thatsächlich doch stattfinden und gleiches gilt von dem staatsrechtlich unzulässigen.

In Rom, wo zunächst nur das Parteirecht auf die exceptio r. j. anerkannt wurde, war prinzipiell (bei Nichtgeltendmachung dieses Parteirechts) ein zweites Urtheil offenbar nicht ausgeschlossen. Ein Ausspruch aus der klassischen Zeit darüber, welches Urtheil in solchem Falle gelte, ist nicht vorhanden. Vielleicht beruhigte man sich bei der Erwägung, daß für die obsiegende Partei kaum ein Anlaß vorliegen werde, die ihr durch das erste Urtheil gewährte sichere Position wieder aufzugeben. Folgerichtig hätte aber doch nur das zweite Urtheil maßgebend sein können.

Oben[3] wurde dargelegt, daß jedenfalls das kanonische Recht beim Widerstreit zweier Urtheile das zweite für nichtig erklärte. Der dazwischen tretende deutschrechtliche Gedanke der Verschweigung hat dann im gemeinrechtlichen Entwickelungsgange den Satz von der absoluten Nichtigkeit des wider eine frühere res judicata ergangenen Urtheils beseitigt, und nach der C.P.O. steht (abgesehen vom Restitutionsfalle) wieder nur dem zweiten rechtskräftigen Urtheile Wirksamkeit zu. Wie verhält sich diese Bestimmung zu der für unser heutiges Recht von mir vertheidigten staatsrechtlichen Unzulässigkeit der abermaligen Urtheilsfällung über eine rechtskräftig erledigte Sache?

1) „So ist aus dem öffentlich-rechtlichen Verbote eine civilistische Unmöglichkeit geworden; aus dem Nichtdürfen ein Nichtkönnen": Pernice S. 145.

2) So glaube ich, um die Parallele durchzuführen, den Satz von Kohler oder auch von Savigny (oben S. 334 Note 1) wiedergeben zu können; ob schon ein Vorgänger zu gleichem Zwecke die naheliegende Formulirung verwerthet hat, ist mir nicht bekannt.

3) Oben S. 316.

Die Antwort lautet: unser bis de eadem quaestione ne judicetur ist zwar ein Verbot öffentlichen Rechts, ein solches Verbot kann aber thatsächlich nicht absolut wirken; — für den Fall nun, daß das Verbot nicht beachtet wurde oder beachtet werden konnte, hat das Gesetz vorsorglich Bestimmung getroffen.

Auch die richterliche Obrigkeit ist nicht allwissend, das Vorliegen einer res judicata kann von den Parteien verschwiegen, ihnen und dem Gerichte unbekannt geblieben sein. Verhältnißmäßig weiter, immerhin auch nicht absoluter Erfolg wäre dem Verbot zu sichern gewesen durch Anerkennung der unbedingten Nullität des zweiten Urtheils. Aber ein solcher Rückgriff auf die in mehrhundertjähriger Arbeit von uns überwundene kanonische Lehre war ausgeschlossen. Gerade unser modernes Rechtsleben beansprucht möglichst rasche Erlangung voller Rechtssicherheit.

Sodann aber konnte nicht zweifelhaft sein, daß praktisch der Fall der Koexistenz zweier verschiedener rechtskräftiger Urtheile de eadem quaestione nur äußerst selten eintreten werde. Es wäre höchst unzweckmäßig gewesen, mit Rücksicht auf derart seltene Konflikte allgemein die Sicherheit der Rechtspflege zu gefährden. Und man ist noch weiter gegangen. Denkbar wären immerhin gewesen gesetzliche Vorschriften zu möglichster Durchführung des Verbots. Aber der erforderliche Apparat [1] hätte nicht entfernt im Verhältnisse gestanden zu dem öffentlich-rechtlich doch unerheblichen Erfolge der Vermeidung einiger Doppelurtheile. Ohne alle Mängel ist eben auch die beste menschliche Rechtspflege nicht. So hat man sich denn mit Recht begnügt, für die seltenen Fälle des Widerstreits rechtskräftiger Urtheile die Richtschnur im Sinne der geschichtlichen Entwickelung zu geben: regelmäßig, soweit nicht Restitution Platz greift, gilt das jüngere Urtheil.

Der öffentlich rechtliche Satz bis de eadem quaestione ne judicetur besteht dessenungeachtet, [2] nur ist seine Befolgung (in der Redeweise der C.P.O. ausgedrückt) dem Richter nicht mit einem „muß", sondern nur mit einem „soll" vorgeschrieben. Selbstverständlich ist aber eine Sollvorschrift an den Richter von diesem pflichtmäßig durchzuführen, soweit er es vermag. Wie hat man sich hiernach die Aufgabe des Richters zu denken?

Zunächst ist selbstverständlich, daß, wenn die Parteien von sich aus der früheren res judicata Erwähnung thun, das Gericht hierauf einzugehn und, sobald die Thatsache feststeht, eine abermalige Entscheidung

1) Z. B. zwischen den Gerichten auszutauschende Verzeichnisse der rechtskräftigen Urtheile.

2) So auch Kohler S. 97.

abzulehnen hat,[1] einerlei ob eine Partei solches beantragt oder ob vielleicht beide Parteien um neue Entscheidung bitten. Selbstverständlich scheint mir auch, daß das Gericht von Amts wegen ein ihm notorisches älteres Urtheil berücksichtigen muß, nach Hinweis darauf in der mündlichen Verhandlung. Der Hinweis wird in der Regel unerläßlich sein, weil den Parteien die Aeußerung darüber ermöglicht werden muß, ob in der That eadem quaestio vorliege u. s. w. Ich meine aber, daß man auch schlechthin vom Richter erwarten darf, er werde auf jede ihm vom Vorliegen einer res judicata gemachte glaubhafte Mittheilung hin die Parteien befragen und eventuell selbständige Erhebungen anstellen.

Die Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten ging noch weiter. Sie schrieb für die „Aufnehmung" der Klage wie der Antwort auf die Klage dem Deputirten ausdrücklich vor, die Parteien zu fragen, „ob etwa die eingeklagte Forderung — durch ein darüber ergangenes rechtskräftiges Urtel abgethan sey"; — „ob die Sache schon einmal rechtskräftig entschieden sey".[2]

6.

Abschließend möchte ich die von mir vertheidigte Konstruktion noch verwerthen zur Lösung zweier Streitfragen, die praktisch nicht ohne Bedeutung sind.

a) § 322 Abs. 1 der C.P.O. spricht Urtheilen die Rechtskraft nur insoweit zu „als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobene Anspruch entschieden ist". Die Savignysche Lehre von der Rechtskraft der Entscheidungsgründe ist damit beseitigt.[3] Ersatz bietet § 280 in der Incidentfeststellungs-Klage und Widerklage. Allein man hat aus der Fassung des § 322 auch gefolgert, daß Entscheidungen über den Mangel einer Prozeßvoraussetzung der Rechtskraft nicht fähig seien: immer erneuerte Entscheidung der Frage soll, wenn nur absolutio ab instantia vorliegt, die zurückgewiesene Partei beanspruchen dürfen.[4] Das wäre für die Praxis ein unleidlicher Zustand. Man sucht denn auch in verschiedener Weise Abhilfe zu schaffen. Entweder es wird eine „Einrede

---

1) Z. Th. abweichend Kohler, der (S. 95), mit Rücksicht auf eine dadurch ermöglichte Erläuterung des ersten, vielleicht unklaren Urtheils, ein zweites, sachlich übereinstimmendes Urtheil für zulässig hält.

2) A.G. Th. I Tit. V § 6, Tit. IX § 6.

3) Abweichend Klöppel a. a. O., z. B. S. 46.

4) Am bestimmtesten L. Seuffert, Komm. 7. Aufl. zu § 293 (dort auch die Literatur über die Kontroverse), derselbe in Zeitschr. f. d. Proz. VIII 202, 203.

bezw. Replik der formell rechtskräftigen Entscheidung“ zugelassen;[1] oder man konstruirt, daß der prozessuale „Anspruch“ auf Verhandlung über die betr. Streitsache allerdings rechtskräftig erledigt werden könne.[2] Dabei wird zugleich gelehrt, daß solche Rechtskraft nur dann in Frage komme, „wenn in einem neuen Prozeß derselbe Anspruch unter ganz denselben prozessualen Verhältnissen geltend gemacht würde“.[3]

Aber mit der „Einrede der formellen Rechtskraft“ läßt sich der Streit nicht erledigen, es mangelt die Begründung für diese Neuschöpfung, deren juristischer Inhalt deshalb auch unklar bleibt. Und der konstruirte „prozessuale Anspruch“ scheint mir der Fassung des § 322 Zwang anzuthun. Nach meinem Dafürhalten liegt die Sache, wie folgt.

Der grundlegende verbietende Satz öffentlichen Rechts: bis de eadem quaestione ne judicetur hat allgemeine Geltung, bezieht sich auf jedes Urtheil, mag es einen materiellen Anspruch oder eine Prozeßvoraussetzung erledigen; — denn im einen wie im anderen Falle sind die gleichen Gründe für das Verbot gegeben. Oder muß der Staat es sich gefallen lassen, daß seine Gerichte von einer rechthaberischen Partei gezwungen werden in infinitum immer wieder über dieselbe Prozeßvoraussetzung zu entscheiden?[4]

So oft dieselbe quaestio vorliegt, ist das Ablehnungsrecht der Gerichte wohl nicht zu bezweifeln, nur gründet sich ein solches Recht unmittelbar auf jenen prinzipalen Verbotsatz, nicht auf den § 322. Denn diese gesetzliche Vorschrift hebt eben nur diejenigen Anwendungsfälle hervor, in denen der negative Satz (das staatsrechtliche Verbot) besondere positive Wirkungen in Bezug auf den durch das Urtheil erledigten „Anspruch“ herbeiführt („materielle Rechtskraft“ im Sinne der herrschenden[5] Lehre). Da, wenn nur eine absolutio ab instantia erfolgt ist, eben keine Entscheidung über einen materiellen „Anspruch“ vorliegt, so können (für den „Anspruch“) jene positiven Folgewirkungen unmöglich eintreten. Nur in dem Fehlen dieser Folgewirkungen unterscheidet sich — das aber

1) Gaupp, Komm. 3. Aufl. zu § 248 II.

2) Planck, Lehrb. Bd. I S. 270, 271 mit analoger Anwendung des § 322.

3) Gaupp a. a. O.

4) Z. B.: Der Kläger will den Eigenthumsstreit über ein Hamburger Grundstück nicht in Hamburg ausfechten; er wird in Berlin gemäß § 24 C.P.O. zurückgewiesen. Ist er berechtigt von sämmtlichen außerhalb Hamburgs belegenen deutschen Gerichten erster Instanz auf die überall in gleicher Weise erhobene Klage hin stets erneuerte Entscheidung zu verlangen? Dürfen nicht vielmehr die später angerufenen Gerichte sich begnügen mit der Feststellung, daß bereits in Berlin rechtskräftig entschieden sei, der Eigenthumsanspruch könne nur in Hamburg Erledigung finden?

5) Anders nach Wach, oben S. 339 Note 3.

ganz selbstverständlich — die Rechtskraft des prozessualen von derjenigen des materiellen Urtheils.

Anders ausgedrückt: § 322 (293) hat überhaupt nur im Auge solche Urtheile, die (materiell) „über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch" entscheiden. Für diese materiell entscheidenden Urtheile wird gesagt, daß sie der Rechtskraft „nur insoweit fähig" seien, als über den — Anspruch entschieden ist. Urtheile, die nur eine absolutio ab instantia enthalten, werden von dem § 322 nicht betroffen. Das lehrt auch die Fassung des Gesetzes: „nur insoweit". Anderenfalls hätte der Satz lauten müssen: „Urtheile sind der Rechtskraft nur fähig, wenn und insoweit als sie über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entscheiden." Wie es mit den auf absolutio ab instantia laufenden Urtheilen stehe, bleibt offen. Hierüber ist die Entscheidung nicht dem Gesetze, sondern jenem öffentlich-rechtlichen Verbote zu entnehmen.

Das Verbot wirkt natürlich nur soweit eadem quaestio vorliegt, und bei erfolgter absolutio ab instantia ist es leicht durch Beseitigung des prozessualen Mangels die quaestio zu einer anderen zu machen;[1] möglich ist ja aber auch die Veränderung der im materiellen Urtheile entschiedenen quaestio. Deshalb ist die Frage ob eadem quaestio vorliege, hier wie dort nach den Umständen des Falls zu beantworten. Gaupp's oben erwähnte Einschränkung ist jedenfalls zu verwerfen, denn danach wäre die betr. prozessuale Entscheidung für ein anderes Gericht erster Instanz eben niemals bindend.

b) Die zweite zu berührende Kontroverse führt nach dieser Abschweifung wieder zurück zur Hauptfrage: Entscheidung von Amts wegen oder nur auf Parteiantrag? — Ich meine den Streit darüber, ob die „Einrede der Rechtshängigkeit" „verzichtbar" sei. Die „Begründung des Entwurfs" bejaht das schlechthin[2] und ebenso wohl auch die heute noch herrschende Meinung. Aber die Zahl derer, die für die Unverzichtbarkeit eintreten, hat sich doch rasch gemehrt.[3] Die Praxis hilft sich zum Theil

---

1) Seuffert a. a. O. lehrt, daß bei Erneuerung des Streits über eine entschiedene prozessuale Frage niemals eadem res bezw. res judicata vorliege. Das ist meiner Meinung nach widerlegt worden von Kohler Proz. als Rechtsv. S. 64 Note **, vgl. auch Kohler gem. Einr. S. 93; anders, aber nicht überzeugend, R. Schmidt Lehrb. S. 528.

2) S. 195. Hahn, Mat. z. C.P.O. S. 265 unten.

3) Kohler a. a. O. S. 99. Schwalbach Arch. f. c. Pr. Bd. 64 S. 285 Note 41, Oertmann Vergleich S. 208. Bülow S. 140 ff. Schmidt Lehrb. S. 807 Note 2 übernimmt im übrigen Bülow's Lehre von der abs. Rechtskr., findet aber die Ausdehnung derselben auf die Geltendmachung der Rechtshängigkeit „nicht glücklich".

mit Aussetzung des Verfahrens von Amts wegen (§ 139), damit eventuell die exceptio rei judicatae vorgeschützt werden könne. Wird aber die „Einrede“ nicht vorgebracht, so ergehen eben möglicherweise widersprechende Urtheile und es gilt, wenn Restitution stattfindet, das ältere, anderenfalls das jüngere.[1] Damit dürfte aber doch eine Lösung eben nicht gegeben sein!

Nach der von mir vertheidigten Konstruktion liegt die Sache einfach. Daß die Motive des Gesetzes nicht entscheiden, bedarf keines Nachweises. Daß die Fassung des § 263 Abs. 2 Nr. 1 („so kann der Gegner die Einrede der Rechtshängigkeit erheben“) ebensowenig durchschlägt, hat Kohler längst dargethan:[2] § 274 läßt die Frage offen, welche der prozeßhindernden „Einreden“ „verzichtbar“ seien. Der Beklagte „kann“ ja auch unverzichtbare Einreden seinerseits zur Sprache bringen.

Wenn aber eine entgegenstehende unzweideutige Gesetzesvorschrift fehlt, so darf an Recht und Pflicht des Gerichts, die ihm bekannte Rechtshängigkeit zu beachten, nicht gezweifelt werden. Denn die gleichzeitige Anhängigmachung des bereits schwebenden Prozesses auch vor einem zweiten Gerichte kann keinen anderen Zweck haben, als den der schließlichen Erzielung zweier Urtheile über dieselbe Streitsache (zur Auswahl?). Der zweitangerufene Richter wird zweckmäßig dem Kläger eine Frist ansetzen zur Erbringung des Nachweises, daß der ersteingeleitete Prozeß durch Klagezurücknahme erledigt sei. Wird die Erbringung dieses Nachweises abgelehnt oder die Frist versäumt, so muß von Amts wegen die Klage wegen Rechtshängigkeit abgewiesen werden. Das staatsrechtliche Verbot: bis de eadem quaestione ne judicetur richtet sich mit innerer Nothwendigkeit auch gegen diejenige Inanspruchnahme unserer Gerichte, die lediglich darauf abzielt, eine Uebertretung dieses Verbots herbeizuführen.

Es war zweifellos verdienstvoll, daß Bülow die Frage der Rechtskraftdurchführung von Amts wegen in seiner umfangreichen Abhandlung zur Diskussion stellte und nach allen Seiten beleuchtete. Vielleicht kann auch die vorstehende, nur in bescheidenen Grenzen gehaltene

---

Begründet wird das nicht weiter. Aber die Sachlage ist doch die gleiche für die Einrede der Rechtskraft wie für die Rechtshängigkeitseinrede. Dies erkennt ausdrücklich an auch L. Seuffert, der sich nicht unbedingt abgeneigt zeigt, Bülow beizutreten (Komm. 7. Aufl. zu § 235 S. 325).

1) Gaupp 3. Aufl. zu § 235 S. 509.

2) A. a. O. S. 95, zustimmend Seuffert a. a. O.

Untersuchung zur Klärung des Streitstandes für die Gegenwart beitragen. Eine ausdrückliche Gesetzesvorschrift fehlt uns. Trotzdem läßt sich nach meinem Dafürhalten die entscheidende Rechtsnorm aus unseren Rechtseinrichtungen, aus unserer ganzen Rechtsauffassung mit Sicherheit ableiten.[1] Und deshalb darf und muß unser modernes, öffentlich-rechtliches ne bis in idem auch schon gegenwärtig von Amts wegen gewahrt werden. Vermögen bei uns Wissenschaft und Praxis nicht, sich einmüthig zu derart selbständigem Vorgehen zu entschließen, — nun dann müssen wir hoffen, daß unsere Gesetzgebung früher oder später, dem Beispiele Oesterreichs folgend, unzweideutig vorschreiben werde:

„Die Rechtskraft des Urtheiles ist von Amts wegen zu berücksichtigen.“ [2]

„Eine während der Streitanhängigkeit wegen des nämlichen Anspruches angebrachte Klage ist auf Antrag oder von Amts wegen zurückzuweisen.“ [3]

---

1) Oben S. 335 f., 341.

2) Oesterr. Civilproz.-Ordnung v. 1. Aug. 1895 § 411 Abs. 2.

3) Ebd. § 233 Abs. 1 a. E.

Emil Seckel.

Die Aufhebung und die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Neben die Scheidung der Ehe stellt das B.G.B. die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. Die Charakterisirung des Instituts schwankt in der drei Jahre alten Dogmatik des neuen bürgerlichen Rechts, und so wenig sicher operirte mit ihm die auf das B.G.B. folgende Gesetzgebung, daß die C.P.O. neuer Fassung an einer Stelle mit sich selbst und mit dem B.G.B. in Widerspruch gerathen ist.

Die Einen sehen in der Aufhebung der e. G. eine kaum modifizirte Neuauflage der kanonischen separatio perpetua a toro et mensa [1] bezw. der französischen séparation de corps, [2] die Anderen eine nur in einzelnen Richtungen umgestaltete Scheidung dem Bande nach. Die Letzteren halten sich, wie auch von ihren Gegnern anerkannt wird, an den unmittelbaren Wortlaut und Sinn des Gesetzes, während die ersterwähnte Lehre eine korrektorische Auslegung des B.G.B. vertreten muß, um die staatliche Rezeption der kirchlichen separatio in ihrer nachtridentinischen Gestalt behaupten zu können. Die theoretisch gewiß interessante Streitfrage ist praktisch von gewaltiger Tragweite, [3] von größerer noch, als die

---

1) Vgl. über die separatio perpetua im Allg. die jüngste ausführliche Darstellung von Scherer Handbuch des Kirchenr. Bd. 2 (1898) S. 578—593, ferner Friedberg Kirchenr. § 159 III, Freisen Gesch. des kanon. Eherechts (1888) S. 769—847; Motive zum Entw. B.G.B. Bd. 4 S. 562fg., vgl. Prot. Bd. 4 S. 393, 395, wo die Unterschiede zwischen sep. perpetua und Scheidung viel zu sehr verwischt sind.

2) Code civil art. 306, 310, französ. Gesetze vom 8. Mai 1816, 6. Dez. 1850, 27. Juli 1884, 18. April 1886, 6. Febr. 1893. Vgl. Motive Bd. 4 S. 563, 567, Zachariä-Crome[8] (1895) Bd. 3 S. 152ff.

3) Vorausgesetzt, daß dem Institute der Aufhebung an sich größere praktische Bedeutung zukommen wird, was Viele, vielleicht mit zu großer Sicherheit, verneinen; s. Endemann Bd. 2 § 165 N. 4 a. E., Stutz Was bedeutet der Uebergang zum Eherecht des B.G.B. für die evang. Kirche (1899) S. 36, Brettner in Z. f. d. C.P. Bd. 26 S. 548. Nicht zu befürchten ist, daß die deutschen Gerichte nach dem gesetzwidrigen Vorgang der französischen Praxis (Zachariä-Crome Bd. 3 S. 155 N. 2) der Aufhebung der e. G. durch erleichterte Zulassung der Scheidung gegenüber erhöhte Bedeutung verschaffen werden (vgl. § 1576 B.G.B. und unten Note 14).

bisherigen kurzen Erörterungen in der Literatur hervortreten lassen. Ob es gelingen wird, die mit den konfessionellen Gegensätzen zusammenhängende Kontroverse aus der Welt zu schaffen, steht dahin; im Interesse der sicheren Anwendung unseres persönlichen Familienrechts wäre es mit Freuden zu begrüßen.

Der Verfasser dieser Skizze steht auf dem Standpunkte, daß wir in der Aufhebung der e. G., verglichen mit der dauernden Trennung, ein neues rechtliches Gebilde vor uns haben, und daß es weit förderlicher ist, die erheblichen Abweichungen von der separatio perpetua zu betonen, als die natürlich nicht zu läugnenden Aehnlichkeiten. Eine unbefangene Erkenntniß des Institutes ist nur möglich, wenn man alle Reminiszenzen an die kanonische Trennung von Tisch und Bett von dem geltenden bürgerlichen Recht fernhält.

Die Aufhebung der e. G. bewirkt Auflösung der Ehe; die Ehe ist auch dem Bande nach fast völlig geschieden: nicht das Band der Ehe besteht weiter, sondern nur ein Band.[4] Das eine, rein negative Restband hindert die Eingehung einer neuen Ehe, giebt und verlangt die Möglichkeit, die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der 'Ehe', d. h. des Restbandes geltend zu machen, und liefert die Grundlage für die erleichterte Wiedervereinigung der Gatten durch den Naturalvertrag der Wiederherstellung der e. G.

I.

Voraussetzungen der Aufhebung.

„Der Ehegatte, der auf Scheidung zu klagen berechtigt ist, kann statt auf Scheidung „auf Aufhebung der e. G. klagen." B.G.B. § 1575 Abs. 1 Satz 1.

1. Die Voraussetzungen der Aufhebungsklage decken sich unbestrittenermaßen mit den Voraussetzungen der Scheidungsklage (B.G.B. §§ 1564—1572); dem Rechte der separatio perpetua sind keinerlei Konzessionen gemacht.[5] Da hier nicht die geringsten Schwierigkeiten zu entdecken sind,[5a] so ist bei dem Punkte nicht länger zu verweilen. Kaum der Hervorhebung bedarf es, daß die Gründe der Aufhebungsklage sich nicht beschränken auf die Fälle des Verschuldens (B.G.B.

4) Eine ähnliche Vorstellung vollziehen die Motive zum E.G. z. B.G.B., wenn sie (S. 86) bei der Trennung von Tisch und Bett von „Lockerung" des Ehebandes reden.

5) Das B.G.B. folgt dem Vorbild des französ. Rechts, Zachariä-Crome Bd. 3 S. 154.

5a) Wenn man absieht von dem internationalen Privatrechte, auf das hier nirgends eingegangen werden kann.

§§ 1565—68), sondern mit umfassen die qualifizirte Geisteskrankheit (§ 1569).[6] Das Recht, auf Aufhebung zu klagen, ist nicht wie nach Sächs. B.G.B. § 1766 an die Zugehörigkeit zu einer Kirche oder Konfession geknüpft. In den Fällen der böslichen Verlassung und der Geisteskrankheit wird freilich nur selten statt der Scheidung bloße Aufhebung verlangt werden, da hier die e. G. thatsächlich in den wichtigsten Richtungen aufgehoben ist.[7]

Wie die Scheidung (§ 1564 Satz 2), so erfolgt auch die Aufhebung der e. G. im Eheprozeß (C.P.O. § 639) durch konstitutives Urtheil des staatlichen Gerichts. Die Aufhebung der e. G. tritt mit der Rechtskraft ex nunc ein (vgl. § 1564 Satz 3). Nach § 55 Abs. 1 des Personenstandsgesetzes (E.G. z. B.G.B. Art. 46 II) ist die Aufhebung am Rande der über die Eheschließung bewirkten Eintragung zu vermerken.

Das Recht auf Aufhebung der e. G. erlischt, wie das Recht auf Scheidung, in den Fällen der Verschuldung nach § 1570 durch Verzeihung. Die sechsmonatige bezw. zehnjährige Ausschlußfrist gilt gleichermaßen für die Aufhebung der e. G., wie für die Scheidung, wegen Verschuldens (§ 1571). Ebenso ist die nachträgliche Geltendmachung von Scheidungsgründen als Fundament der Aufhebungsklage nach Maßgabe des § 1572 zugelassen.[8] Thatsachen, auf welche eine Aufhebungsklage nicht mehr gegründet werden kann wegen Verzeihung oder Fristablaufs, dürfen zur Unterstützung einer auf andere Thatsachen gegründeten Aufhebungsklage geltend gemacht werden (§ 1575 Abs. 2, § 1573). Die Bestimmungen über den Schuldausspruch (§ 1574) sind auch für das Aufhebungsurtheil maßgebend (§ 1575 Abs. 2).

2. Der zur Scheidungsklage berechtigte Ehegatte kann nach seiner Wahl auf Scheidung oder auf Aufhebung der e. G. klagen.[9] Hat er auf Scheidung geklagt, so kann er in jedem Stadium des Verfahrens, in dem noch Modifikationen des Antrags zulässig sind,[10] seinen Antrag

---

6) A. M. nur Achilles-Unzner B.G.B.[2] Note 1 zu § 1575.

7) Immerhin ist denkbar, daß etwa der Mann, um nicht die Ehelichkeit der von der durchgebrannten Frau künftig gebornen Kinder anfechten zu müssen, die Aufhebungsklage anstrengt. Auch z. B. Vermögensinteressen der Frau können zur Klage führen.

8) Vgl. Bericht der Reichstags-Kommission, Familienrecht, S. 88.

9) Als Kläger oder Widerkläger. — Insofern hat die Privatautonomie Spielraum.

10) Also nicht mehr in der Revisionsinstanz, vgl. Planck-Unzner N. 3 zu § 1575. Abweichend freilich Fischer-Henle zu § 1575 Note 2, Davidson in Z. f. d. C.P. Bd. 26 S. 82 und Endemann Bd. 2 § 168 N. 6, welch letzterem zu entgegnen sein dürfte, daß der Antrag wie keine neue Thatsache, so auch nicht bloß einen „neuen rechtlichen Gesichtspunkt" enthält.

ohne Einwilligung des Gegners auf die bloße Aufhebung beschränken, und umgekehrt kann er,[11] wenn er auf Aufhebung geklagt hat, seinen Antrag auf Scheidung erweitern, ohne daß hierin eine Klageänderung zu sehen wäre (C.P.O. § 268 Abs. 1 Nr. 2).

Der Antrag des Klägers oder Widerklägers auf Aufhebung dringt aber nur durch, wenn nicht[11a] der Beklagte oder Widerbeklagte, so lange in dem Verfahren noch neue materielle Anträge zulässig sind,[12] eventuell die Scheidung zu wollen erklärt: „beantragt der andere Ehegatte, daß die Ehe, falls die Klage begründet ist, geschieden wird, so ist auf Scheidung zu erkennen", § 1575 Abs. 1 Satz 2. Das Scheidungsbegehren ist immer das stärkere. — Der Antrag des Beklagten (oder Widerbeklagten) ist nicht Widerklage.[13] Zur Stellung des Antrags ist der gesetzliche Vertreter des Beklagten befugt ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (arg. C.P.O. § 612 Abs. 2), und sein Prozeßbevollmächtigter bedarf zur Stellung des Antrags keiner Spezialvollmacht (arg. C.P.O. § 613).

3. Das Urtheil, welches nur die Aufhebung der e. G. ausspricht, ist auch nach der Rechtskraft von bloß provisorischer Bedeutung;[14] es kann jederzeit durch den Richter „ganz automatisch" (Prot. Bd. 4 S. 398) in ein Scheidungsurtheil umgewandelt werden, § 1576. Das Aufhebungsurtheil erzeugt aus sich eine actio iudicati, die sich lediglich auf das erste Urtheil stützt.[14a] Die Umwandlungsklage kann von jedem der Ehegatten angestellt werden, auch von dem allein für schuldig erklärten. Ziel der Klage ist die Scheidung. Der einzig mögliche Einwand gegen die auf Urtheilsvollziehung gerichtete Klage ist der: „daß nach der Erlassung[15] des Urtheils" auf Aufhebung „die e. G. wieder-

11) Abweichend vom französ. Recht, s. Zachariä-Crome Bd. 3 S. 117 N. 24, S. 156 N. 2, S. 166.

11a) Positive prozessuale Willenserklärung beider Parteien ist nicht Voraussetzung des Durchdringens.

12) Vgl. N. 10.

13) Vgl. Davidson in Z. f. d. C.P. Bd. 26 S. 81 fg.

14) Wie nach französ. Recht, das freilich die Umwandlung in das Ermessen des Gerichtes stellt, vgl. Zachariä-Crome Bd. 3 S. 127 ff.

14a) Die Geltendmachung anderer Scheidungsgründe ist völlig ausgeschlossen, § 1576 Abs. 2, § 1572; die Anführung unterstützender Thatsachen ist weder möglich noch nothwendig, § 1573; ein selbständiger Schuldausspruch kann nicht mehr herbeigeführt werden, § 1574; im Scheidungsurtheil ist lediglich der bereits im Aufhebungsurtheil für schuldig erklärte Ehegatte für schuldig zu erklären, § 1576 Abs. 2.

15) Nach der Erlassung = Verkündung, also nicht nothwendig nach der Rechtskraft. Ueber die Wiederherstellung der e. G. nach der Rechtskraft s. unten Abschnitt III. Die Wiederherstellung (nicht Fortsetzung) der e. G. vor der Rechtskraft — mag die e. G. auch vor der Rechtskraft wieder thatsächlich getrennt sein — läßt das Aufhebungs-

hergestellt worden ist", § 1576 Abs. 1.[16] Nur durch diesen Thatbestand erlischt das Recht auf Scheidung aus dem ersten Urtheil; nicht durch Verzeihung des verschuldeten Scheidungsgrundes (§ 1576 Abs. 2, § 1570), der ja im Aufhebungsurtheil konsumirt und sonach untaugliches Objekt der Verzeihung ist; nicht durch Fristablauf (§ 1576 Abs. 2, § 1571), und noch weniger durch Verjährung, da das Recht auf Scheidung kein Anspruch im Sinne des § 194 Abs. 1 ist.

Für die Geltendmachung des Anspruchs aus dem Judikat lassen sich verschiedene Wege denken. Man könnte ein Verfahren ohne obligatorische mündliche Verhandlung wählen, das statt des Urtheils in einen Beschluß ausliefe. Diesen Weg hat das B.G.B. aus guten Gründen[17] verschlossen; es setzt ein Verfahren voraus, das zu einem Scheidungsurtheil führt (§ 1576 Abs. 2), also ein Verfahren mit obligatorischer mündlicher Verhandlung. Ist nun dieses Verfahren eine Fortsetzung des früheren Rechtsstreites oder ein vollständig neuer Prozeß? Die erste Ansicht ist von Davidson[18] vertreten worden, die zweite zählt zur Zeit noch die meisten Anhänger.[19] Mir scheinen die besseren Gründe für Davidson zu sprechen.[20]

II.

Wirkungen der Aufhebung.

„Wird nach § 1575 die e. G. aufgehoben, so treten die mit der Scheidung verbundenen Wirkungen ein; die Eingehung einer neuen Ehe ist jedoch ausgeschlossen.[21]

---

urtheil gar nicht zur Wirksamkeit gelangen, jeder Gatte kann event. auf Feststellung des Bestehens der Ehe klagen, die Ehe bleibt mit allen ihren Wirkungen, auch mit ihrem Güterstande bestehen. Die Erscheinung ist ähnlich wie bei Bestätigung der nichtigen Ehe (§ 1325 Abs. 2) vor Rechtskraft der Nichtigkeitserklärung: auch hier findet das Urtheil zur Zeit seiner Rechtskraft seine Wirkungsvoraussetzungen nicht vor.

16) Vgl. auch Personenstandsgesetz § 77 Abs. 2.

17) Im Kommissionsbericht S. 88 unten wird nur der eine angeführt, daß nach dem Personenstandsgesetz nur Scheidungsurtheile am Rande eingetragen werden könnten, und dieser ist obendrein unrichtig, s. § 55 P.St.Ges. und dazu Hinschius Kommentar³ S. 182 Note 24 a. E., S. 214.

18) Z. f. d. C.P. Bd. 26 (1899) S. 79—89; ihm schließt sich an Brettner, ebenda S. 548.

19) Planck-Unzner Bd. 4 S. 316 N. 5, Neumann Handausgabe des B.G.B. Bd. 2 (1899) Ziff. 1 zu § 1576, Endemann Lehrb. Bd. 2 § 168 N. 9, Staudinger-Engelmann N. 4 zu § 1576. Vgl. auch Gaupp-Stein³ zu C.P.O. § 570 Bem. I (ferner Bd. 2 S. 193, 215, 223) über die entsprechende Klage aus § 77 Abs. 2 P.St.Ges.

20) Näheres Eingehen auf die prozessuale Frage verbietet sich an diesem Orte.

21) Vorbild: Sächs. B.G.B. § 1767 („Wird die Trennung von Tisch und Bette auf Lebenszeit erkannt, so hat sie alle Wirkungen einer Scheidung der Ehe, aus-

„Die Vorschriften über die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe finden Anwendung, „wie wenn das Urtheil nicht ergangen wäre." § 1586 B.G.B.

„Wird die e. G. nach der Aufhebung wiederhergestellt, so fallen die mit der „Aufhebung verbundenen Wirkungen weg und tritt Gütertrennung ein." § 1587 B.G.B.

Die grundlegende Regel in § 1586 Satz 1, Halbsatz 1 bestimmt, daß die Aufhebung der e. G. „die mit der Scheidung verbundenen Wirkungen" habe, d. h. alle mit ihr verbundenen Wirkungen. Die Hauptwirkung der Scheidung ist die Auflösung der Ehe (dem Bande nach), § 1564 Satz 3.

Die Ansicht, deren Bekämpfung eine Aufgabe dieser Abhandlung ist, sucht die Tragweite dieser Regel abzuschwächen. Eingehender begründet worden ist die Gegenmeinung nur von Staudinger-Engelmann in ihrem Kommentare zu § 1586.[22], [23] Prüfen wir zunächst die für diese Meinung vorgebrachten[24] Gründe in ihrem vollen Umfange.

---

genommen daß kein Theil während des Lebens des anderen eine anderweite Ehe eingehen kann"); vgl. über ähnliche Gestaltungen im bisherigen Rechte Hinschius Komm. z. Personenstandsgesetz 3. Aufl. Note 31 zu § 77 S. 214 fg.

22) Staudinger-Engelmann Bd. 4 (1899) S. 357. Vorgänger und Nachfolger: Scherer Kirchenrecht Bd. 2 (1898) S. 569 N. 85, S. 593 (die Ehe bestehe dem Bande nach fort), Engelmann selbst in Bl. f. Rechtsanwendung Bd. 63 (1898) S. 44, Davidson Z. f. d. Civ.Pr. Bd. 26 (1899) S. 80 (die Wirkungen stimmen im Allgemeinen mit denen der sep. perp. überein, die Ehe bleibe der Form nach bestehen, sei jedoch ihres materiellen Inhalts beraubt), L. Jacobi Das persönliche Eherecht des B.G.B. 2. Aufl. (1899) S. 104, Sartorius Der Einfluß des Familienstandes auf die Staatsangehörigkeit (1899) S. 30 ff. (ihre rechtliche Eigenschaft als solche verliere die Ehefrau durch die Aufhebung der e. G. nicht), Erler Ehescheidungsrecht 2. Aufl. (1900) S. 81 fg., 163, 25 N. 6, insbes. S. 83 N. 10 (während die Scheidung eine Auflösung dem Bande nach herbeiführe, bleibe bei der Aufhebung der e. G. das Band der Ehe bestehen), Süßheim in Gruchot's Beitr. Bd. 43 (1899) S. 582. Auch in die populäre Literatur ist die Ansicht bereits eingedrungen, vgl. z. B. Wickede Der Preußische Standesbeamte und das B.G.B. (1899) S. 51 N. 36, S. 95 N. 73, Der Standesbeamte Jahrg. 25 (1899) S. 215 fg. — Unklar bleibt die Stellungnahme von Achilles (Unzner) N. 1 zu § 1586 (wo abgesehen von § 1685 Abs. 2 nur die speziellen Scheidungswirkungen aufgezählt sind), N. 1 zu § 1593, (Ritgen) N. 2 zu § 2077, von (Enneccerus-)Lehmann Das Bürgerliche Recht Bd. 2 (1899) S. 336, 350–352, vgl. S. 462 fg. (nach L. dauert die Ehe dem Bande nach fort, obwohl, vorbehältlich der gesetzlichen Ausnahmen, alle Scheidungswirkungen eintreten), und von Scherer Familienrecht des B.G.B. (1899) Nr. 495 zu § 1586 fg. (die „Scheidung von Tisch und Bett" habe dieselbe Wirkung wie die Ehescheidung dem Bande nach; „in geistiger[!] Hinsicht" bestehe jedoch die Ehe fort, sie könne „auch wieder äußerlich" [!] hergestellt werden).

23) Die hier vertretene Ansicht, daß die Aufhebung der e. G. die Auflösung der Ehe herbeiführe, theilen Planck-Unzner Komm. N. 3 zu § 1586, Bd. 4 (1899) S. 338, Cosack Lehrbuch Bd. 2 (1899) S. 501 fg. Ziff. II, III, Matthiaß Lehr-

Engelmann beginnt mit der Behauptung, die Ausdrucksweise von § 1586 a. Anf. sei „ungenau, da die unmittelbarste und wichtigste Wirkung der Scheidung, die Auflösung der Ehe, nicht mit der Aufhebung der e. G. verbunden ist". Mit dem Vorwurfe der Ungenauigkeit,[25] den er gegen das Gesetz erhebt, giebt Engelmann die Beweisbedürftigkeit seiner These zu: ihre Richtigkeit „könnte nach dem Wortlaute des § 1586 zweifelhaft erscheinen".

Bleibt man bei dem Wortsinne stehen, so muß man vielmehr sagen: die These ist unzweifelhaft unrichtig. Das Gesetz läßt die Scheidungswirkungen eintreten, und es nimmt nur die Zulässigkeit der Wiederverheirathung mit ihren Annexen aus. Hätte das Gesetz den von E. gewünschten Sinn haben sollen, so hätte die Hauptausnahme lauten müssen: „die Auflösung der Ehe tritt jedoch nicht ein." Es bedarf zwingender Gründe, die es glaublich erscheinen lassen können, daß das B.G.B. in der Formulirung so entschieden daneben gegriffen habe.

Solcher Gründe glaubt nun Engelmann in der That nicht weniger als vier beibringen zu können.

1. Wenn das Gesetz von „Aufhebung der e. G." spreche, so folge schon aus dieser Ausdrucksweise, daß in diesem Falle nicht die Ehe selbst, sondern nur die e. G. aufgehoben sein soll.[25a]

Diesem Argumente ist u. E. jeder Beweiswerth abzusprechen. Die Terminologie des Gesetzes könnte zur Charakterisirung der Rechtswirkungen herangezogen werden, wenn die Regelung der Wirkungen

---

buch Bd. 2 (1899) § 98 a. Anf. (allerdings gebraucht M. die Wendung, daß „das rechtliche Band der Ehe besteht"), Buchka Vergleich. Darstellung des B.G.B. und des Gemeinen Rechts 2. Aufl. (1898) S. 326, Endemann Lehrbuch Bd. 2, 3.—5. Aufl. (1900) § 168 Ziff. 2 S. 692 (E. sagt freilich S. 691 § 168 N. 1 a. E., ungenau, die Aufhebung wolle die Wirkung der beständigen Trennung von Tisch und Bett, giebt die Möglichkeit von Zweifeln an seiner Auffassung zu S. 692 N. 13 und räumt Staudinger ein, es lasse sich — wegen der Ausnahmen — vertheidigen, daß die Aufhebung keine „Auflösung" der Ehe im wahren Sinne bedeute), H. Neumann Handausgabe des B.G.B. (1899) Ziff. 11 zu § 1586, Fischer-Henle (Schneider) N. 1 zu § 1586 (vgl. aber die Formulirung vor § 1564: das Aufhebungsurtheil lasse die Ehe an sich bestehen), Frommhold Komm. z. Erbrecht (1899) vor § 1931 S. 15, Brettner, Z. f. d. Civ.Pr. Bd. 26 S. 548, Mayer-Reis Grundzüge des Familien- und Erbrechts (1899) S. 11.

24) Wegen eines nicht vorgebrachten Arguments vgl. unten N. 85, 86.

25) Einer der gröbsten Ungenauigkeiten, die sich im B.G.B. finden würden!

25a) Dasselbe meinen wohl Staudinger-Herzfelder N. 4d zu § 1931 mit ihrer schwerverständlichen Behauptung, es ergebe sich zwingend(!) aus § 1564, daß in § 1586 die Worte „die mit der Scheidung verbundenen Wirkungen" nur bedeuten die Wirkungen mit Ausnahme der Auflösung der Ehe.

nicht auf anderem Wege erfolgt wäre.[26] Gegen eine im Gesetze festgelegte Normirung darf nicht eine Terminologie ins Feld geführt werden, die sich dem vulgären Sprachsinne nach mit dieser Normirung nicht vollkommen[27] deckt.[28]. Aus dem Terminus die Norm zu nehmen, ist in unserem Falle ein methodischer Abweg.

2. Nach § 1587 fallen mit der nicht an eine Förmlichkeit geknüpften Wiederherstellung der e. G. die Aufhebungswirkungen weg. Dies, meint Engelmann, „wäre undenkbar, wenn die Aufhebung der e. G. die Auflösung der Ehe bewirken würde, weil eine aufgelöste, also nicht mehr bestehende, Ehe nur unter Beobachtung der Förmlichkeiten des § 1317 wieder zu einer Ehe im Rechtssinne werden kann".

Es hat immer sein Mißliches, eine unbequeme juristische Gestaltung als undenkbar zu bezeichnen. So enge, wie unser Gegner meint, sind die Grenzen des Denkbaren gewiß nicht. Würde es dem Denken widerstreben, wenn das Gesetz etwa ausdrücklich verfügt hätte, mit der Aufhebung der e. G. sollen die Auflösung der Ehe und alle Auflösungswirkungen verbunden sein, jedoch sollen diese Aufhebungswirkungen mit der thatsächlichen Wiederherstellung der e. G. wegfallen? Das Gesetz könnte ja auch z. B. die Wiederverheirathung von Geschiedenen durch formlose oder weniger formelle Neuschließung der Ehe erleichtern.[28a]

Nun besagt aber das Gesetz gar nicht, daß alle Auflösungswirkungen schlechthin eintreten; es macht, wie auch die Fassung dies andeutet, zunächst die eine Ausnahme, daß nach der Aufhebung der e. G. die Eingehung einer neuen Ehe ausgeschlossen ist. Die Auflösung der Ehe tritt also allerdings nach dieser einen Richtung hin nicht ein. Ein Band der Ehe besteht fort. Dieses eine Band hindert die Eingehung der Ehe mit einem Dritten durch den einen und den anderen Ehegatten, es hindert aber auch die Eingehung einer neuen Ehe unter den Ehegatten selbst.[29] Letztere können ihre alte Ehe ex nunc aufleben lassen durch die erneute Realisirung der e. G. Die Ausnahme in § 1586 Satz 1 Halbsatz 2 also erklärt vollkommen den § 1587; und es ist weder ge-

26) Gerade und lediglich mit den Worten des § 1586: „so treten die mit der Scheidung verbundenen Wirkungen ein" u. s. w.; vgl. § 1587: . . . „die mit der Aufhebung verbundenen Wirkungen".

27) Zumeist wird sich die Erscheinung aus der oft nicht geringen Wortnoth, mit der sich Gesetz und Wissenschaft abzufinden haben, erklären.

28) So darf man z. B. in die Legaldefinition des Schatzes (§ 984 B.G.B.) nicht aus der vulgären Bedeutung des Wortes: Schatz heraus das Begriffsmerkmal: Sache von Werth hineintragen, was auch m. W. bisher von Niemandem versucht worden ist.

28a) Formlose Bestätigung der nichtigen Ehe ist im Falle des § 1325 möglich.

29) Vgl. des Näheren unten Abschn. III.

boten noch auch nur zulässig, dem § 1587 zu Liebe die Regel des § 1586 a. Anf., wonach die Aufhebung in erster Linie die Auflösung der Ehe bewirkt, gegen ihren Wortsinn gewaltsam zu restringiren.

3. Im Personenstandsgesetz § 55 Abs. 1 (E.G. z. B.G.B. Art. 46 II), so argumentirt Engelmann weiter, werde „die Auflösung der Ehe der Aufhebung der e. G. ausdrücklich gegenübergestellt"; der Bericht der R.T.-Kommission bezeichne dies als eine „Folge aus den Beschlüssen der Kommission zu § 1557a (jetzt 1575) B.G.B."

Auch hier schließt E. zu rasch. § 55 Abs. 1 P.St.Ges. will für die standesregisterliche Evidenthaltung gewisser rechtlicher Vorgänge sorgen, welche eine eingetragene Ehe beeinflussen. So soll es auch durch einen Randvermerk bei der Eintragung im Heirathsregister kundgemacht werden, wenn eine Ehe vor dem Tode eines Ehegatten aufgelöst ist (gemäß B.G.B. § 1348 Abs. 2, § 1564 Satz 3) oder wenn die e. G. nach § 1575 B.G.B. aufgehoben ist. Daß Auflösung der Ehe und Aufhebung der e. G. durchaus identisch seien, würde allerdings durch § 55 a. a. O. widerlegt; so aber lautet der zu widerlegende Satz gar nicht. Richtig aufgefaßt, besagen die Vorschriften des B.G.B., daß mit der Aufhebung der e. G. die Scheidungswirkungen, d. h. die Auflösung der Ehe und deren weitere Wirkungen, eintreten, ausgenommen die Möglichkeit der Wiederverheirathung u. s. f. Wegen dieser Ausnahmen, die den charakteristischen Unterschied zwischen Auflösung der Ehe und bloßer Aufhebung der e. G. ausmachen, mußten natürlich mit Rücksicht auf den Zweck des § 55 a. a. O. beide Begriffe einander „gegenübergestellt" werden. Dem Gegensatz der vollkommenen und nicht vollkommenen Auflösung darf nicht der unrichtige Gegensatz von Auflösung und Nichtauflösung substituirt werden. Nur durch Begehung dieses Fehlers gewinnt Engelmann seinen vermeintlichen Beweisgrund zu Gunsten der Nichtauflösung.

4. Endlich, fährt Engelmann[29a] fort, spreche für seine Anschauung „die Entstehungsgeschichte der fraglichen Vorschriften, die gerade um deswillen Aufnahme in das B.G.B. gefunden haben, weil man den an der Lehre ihrer Kirche festhaltenden Katholiken die Möglichkeit gewähren wollte, den Nachtheilen einer unerträglich gewordenen Ehe zu entgehen, ohne die nach der Lehre der katholischen Kirche unzulässige Lösung des Ehebandes verlangen zu müssen (R.T.K. 119 ff.; vgl. auch P. IV, 394 ff.)."

29a) Vgl. auch Staudinger-Herzfelder N. 4d zu § 1931.

Daß man den Wünschen der Katholiken bezw. des Centrums[30] durch die §§ 1575 fg., 1586 fg. B.G.B. entgegenkommen wollte, ist außer Zweifel. Dagegen ist es mehr als fraglich, ob man ihnen **so weit** entgegengekommen ist, daß man das Institut der separatio perpetua, der Trennung **ohne** Lösung **des** Ehebandes, in das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches rezipirt hat.

Die Entstehungsgeschichte der angeführten Paragraphen ist völlig dunkel. Der Gesetz gewordene Gedanke und seine Fassung gehen zurück[31] auf einen Antrag, den die Bayerische Regierung[32] ohne Erfolg im Bundesrath gestellt hatte. Ueber die Entstehung dieses Antrags und über seine Motive ist Näheres nicht bekannt: die Vorgeschichte der ge-

---

30) Vgl. über die Lehre der katholischen Kirche Scherer Kirchenrecht Bd. 2 S. 541 ff., 568 ff., insbes. S. 591.

31) Sie gehen **nicht** zurück auf den in der zweiten Kommission gestellten und mit 17 gegen 3 Stimmen abgelehnten Antrag (Prot. Bd. 4 S. 391), dem Abs. 1 des § 1440 Entw. I. hinzuzufügen:

> Für den der katholischen Kirche angehörenden Ehegatten bewirkt die Scheidung die Auflösung der häuslichen und e. G.; sie berechtigt ihn nicht, während des Lebens des anderen Ehegatten eine neue Ehe zu schließen.

Damit wollte für die Katholiken Deutschlands die sep. perp. zum Bestandtheil des staatlichen Rechts gemacht werden. — Sie gehen ferner **nicht** zurück auf den ebenfalls in der zweiten Kommission gestellten und mit 12 gegen 6 Stimmen abgelehnten Antrag (Prot. Bd. 4 S. 394 ff.), eine nach verschiedenen Richtungen stark abgeschwächte sep. perp. (Möglichkeit der Umwandlung der sep. in Scheidung, § 1445 b beinahe = § 1576 B.G.B.; Scheidungsantrag stärker als Trennungsantrag, § 1445 a Abs. 2 ungefähr = § 1575 Abs. 1 Satz 2 B.G.B.) staatlich zu sanktioniren durch folgenden § 1445 a Abs. 1:

> Der Ehegatte, der in den Fällen der §§ 1441 bis 1445 auf Scheidung zu klagen berechtigt ist, kann (statt auf Scheidung) auf dauernde Aufhebung der häuslichen und e. G. klagen.

Unter der „dauernden Aufhebung der häuslichen und e. G." sollte, was man der Fassung freilich nicht ansehen kann, keineswegs die beständige Trennung von Tisch und Bett im Sinne des kanonischen Rechts verstanden sein, die auch in Bezug auf elterliche Gewalt, Kindererziehung und vermögensrechtliche Verhältnisse **Scheidung** sei, — sondern vielmehr ein im Interesse der Aussöhnung geschaffenes Provisorium, das bei Fortbestand des vinculum nur das Zusammenleben der Gatten aufhebe, im Uebrigen „auch in Bezug auf Kindererziehung, elterliche Nutznießungsrechte und Güterstand nur **Trennung** sei" —; gegen diese Mißbildung hat sich die Mehrheit scharf, aber nicht zu scharf ausgesprochen (Prot. a. a. O. S. 397 fg.). Jedenfalls fehlen dem Antrag die entscheidenden Worte in § 1586 B.G.B.: „so treten die mit der Scheidung verbundenen Wirkungen ein" u. s. w., weshalb er nicht als Grundlage des Gesetzes betrachtet werden kann.

32) Vgl. Bericht der R.T.-Kommission (Originaldruck) Familienrecht S. 27 Mitte, S. 86 oben.

dachten Paragraphen liegt also wohl in den geheimen Akten der Bayerischen Regierung und des Bundesrathes begraben. Was über die Bedeutung der Gesetz gewordenen Anträge in der Kommission des Reichstages[33] (und im Plenum[34]) verhandelt wurde, giebt kein klares Bild; Alles verschwimmt in dem diplomatischen Helldunkel, unter dessen Hülle die Kompromisse geboren wurden.

Aus dem Gesagten dürfte erhellen, daß Engelmann's Versuch, seine Ansicht zu begründen, nicht gelungen ist.

Mehr noch als die Widerlegung ihrer Begründung sprechen gegen die These Engelmann's ihre praktische Undurchführbarkeit[35] sowie die Konsequenzen, die sich aus ihr ergeben, insbesondere die Fülle innerer Widersprüche, die im B.G.B. und in unserer sonstigen Rechtsordnung enthalten wären, wenn die Gegenmeinung zuträfe.[36]

A. Die Regel und ihre Durchführung.

Das rechtskräftige, die Aufhebung der e. G. aussprechende Urtheil hat die mit der Scheidung verbundenen Wirkungen, und zwar sowohl die spezifischen Scheidungswirkungen einschließlich der Auflösung der Ehe,[37] als die (mittelbaren) Wirkungen der Auflösung der Ehe.[38] Mit

33) Angef. Bericht S. 27, 64, 84—90. Im Sinne Engelmann's äußerten Kommissionsmitglieder, daß die kirchliche Lehre der Katholiken „eine Scheidung vom Bande der Ehe unter allen Umständen verbiete" (S. 87 unten, vgl. S. 64, 85) und vielfach wird von den Rednern die Aufhebung der e. G. des § 1575 ohne Weiteres mit der Trennung von Tisch und Bett, auch in ihrer französischen Gestalt, identifizirt (S. 86, 87, 88 oben); vorsichtiger drückt sich der Bayerische Bundesrathsbevollmächtigte aus (S. 86), am vorsichtigsten der Staatssekretär des Reichsjustizamts, der in seiner, aber wiederum verhüllter Weise bemerkt, er erkenne an, daß die „Form" der Anträge „mit Rücksicht auf die anderen Konfessionen maßvoll gewählt sei". Von einem Mitgliede wurde zutreffend geäußert (S. 89 Mitte), daß die Ehe in fast allen Richtungen als eine geschiedene gelte.

34) Zweite und dritte Berathung des Entw. eines B.G.B. im Reichstage (Berlin, Guttentag, 1896) S. 372 ff.

35) Staudinger-Engelmann führen sie selbst nicht durch, vgl. unten A Ziff. 4 S. 363 fg.

36) Vgl. unten A Ziff. 1 ff., insbes. Ziff. 1, 2, 7, 9—12, 14, 15, 20.

37) Die spezifischen Scheidungswirkungen — abgesehen von der Eheauflösung § 1564 Satz 3 — betreffen im Rechte des B.G.B., in Kürze aufgezählt, folgende (und nur diese) Punkte: 1. Namensführung § 1577 (gröblich mißverstanden von Süßheim in Gruchot's Beitr. Bd. 43 S. 582); 2. Unterhaltspflicht gemäß §§ 1578—1583; 3. Schenkungswiderruf § 1584; 4. Beitrag der Frau zum Unterhalte gemeinschaftlicher Kinder § 1585; 5. Recht des unschuldigen Geschiedenen gegen den schuldigen auf Rückerstattung des in die allgemeine Gütergemeinschaft Eingebrachten § 1478; 6. Vorverpflichtung des geschiedenen unterhaltspflichtigen Ehegatten des Bedürftigen

der Rechtskraft des Aufhebungsurtheils sind die früheren Ehegatten nicht mehr Ehegatten, sie sind „unverheirathet“,[39] „die Ehe besteht nicht mehr“.[40]

Die Regel ist für die gesammte Rechtsordnung[41] von durchgreifender Bedeutung, wie im Folgenden — ohne die Absicht, den Gegenstand völlig zu erschöpfen — in erster Linie für das bürgerliche Recht dargethan werden soll.

1. Die Ehefrau theilt den Wohnsitz des Ehemannes, § 10 Abs. 1 Satz 1 B.G.B. Dies gilt auch, wenn thatsächlich die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten aufgehoben ist. Ist die Ehe aufgelöst, so theilt die gewesene Frau den Wohnsitz des gewesenen Ehemannes nicht. Aufgelöst ist die Ehe auch bei bloßer Aufhebung der e. G.[42]; auch bei ihr entfällt die ratio des § 10 B.G.B.[43]

---

§ 1608 Abs. 2; 7. Vorrecht des geschiedenen Ehegatten bei Konkurrenz mehrerer bedürftigen Unterhaltsberechtigten § 1609 Abs. 2 Satz 2; 8. Sorge für die Person der Kinder im Falle der Scheidung wegen Verschuldens §§ 1635, 1636. Wohl nur auf Versehen beruht es, wenn Jacobi a. a. O. S. 104 N. 126a die Tragweite des § 1586 auf die Nrn. 5—8 obiger Aufzählung beschränkt. — Da über die hier aufgeführten Wirkungen der Aufhebung der e. G. keinerlei Meinungsverschiedenheiten bestehen, so gehe ich nicht weiter auf sie ein.

38) Der Standpunkt Engelmann's und seiner Anhänger ergiebt sich aus dem oben Ausgeführten; sie beschränken (zunächst) die Wirkungen der Aufhebung auf die in Note 37 unter 1—8 verzeichneten Scheidungswirkungen, s. Engelmann Note 3 zu § 1586.

39) Auch „unverehelicht“ im Sinne von Str.G.B. § 237? Ueber den Begriff herrscht bekanntlich Streit, vgl. Olshausen zu § 237 Note 3b.

40) C.P.O. § 41 Nr. 2, 3, Str.P.O. § 22 Nr. 3, G.V.G. § 156 I Nr. 2, 3, C.P.O. § 348 Abs. 1 Nr. 2, 3, Str.P.O. § 51 Abs. 1 Nr. 2, 3.

41) Nicht nur für das Privatrecht, wie Sartorius a. a. O. S. 30 behauptet, der dann wegen dieser „grundsätzlichen Beschränkung der Rechtssätze des B.G.B. auf das Gebiet des bürgerlichen Rechts“, S. 31, Lücken im öffentlichen Rechte findet. Vielmehr dürfte, wo nicht besondere Gegengründe vorliegen, anzunehmen sein, daß die Normen des öffentlichen Rechts, wenn sie mit Begriffen wie Ehemann, Ehefrau, Scheidung operiren, „Sinn und Bedeutung dem allgemeinen bürgerlichen Rechte entnommen wissen“ wollen (Motive zu Art. 33 E.G. z. B.G.B., welcher Artikel nur Zweifel entscheiden, nicht zu einem arg. a contrario Veranlassung geben will).

42) Aufgehoben ist also mit Recht § 17 Abs. 1 C.P.O. I: „Die Ehefrau theilt in Ansehung des Gerichtsstandes den Wohnsitz des Ehemannes, sofern nicht auf immerwährende Trennung von Tisch und Bett erkannt ist.“ Die Gegenansicht wirft unser Recht hinter den Standpunkt der C.P.O. I zurück, während bei der Aufhebung des § 17 natürlich die Meinung die war, daß die Aufhebung der e. G. der Scheidung gleichstehe. Die Motive zu dem Entw. eines Ges., betr. Aenderungen der C.P.O. Art. I § 17 (Materialien, Berlin, Heymann, 1898 S. 117) vertreten den richtigen Standpunkt: „Der im § 17 ausgesprochene Grundsatz, daß die Ehefrau den

2. Die Verjährung von Ansprüchen zwischen Ehegatten ist gehemmt, solange die Ehe besteht, § 204 Satz 1. Der Grund dieser Bestimmung liegt in der Rücksicht, die sich Ehegatten schulden; sie sollen nicht genöthigt werden, sich im prozessualen Kampfe gegenüberzutreten. Diese Rücksicht und damit der Grund der Vorschrift kommen in Wegfall, wenn durch Richterspruch die Ehe aufgelöst, d. h. entweder geschieden oder durch Aufhebung der e. G. einer geschiedenen Ehe gleichgestellt ist.[44]

3. Nach der Aufhebung der e. G. sind die gewesenen Ehegatten einander nicht mehr zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet (vgl. §§ 1353, 1354)[45]; die Verpflichtung der Frau zu Arbeiten im Hauswesen und im Geschäfte des Mannes (§ 1356 Abs. 2), ihre Schlüsselgewalt (§ 1357), die Vermuthungen des § 1362 hören auf. Die Verpflichtung zur ehelichen Treue besteht nicht mehr; eine Bestrafung wegen Ehebruchs (St.G.B. § 172) ist ausgeschlossen mangels des deliktischen Thatbestandes.[45a]

4. Das zwischen den Ehegatten bestehende ehegüterrechtliche Verhältniß endigt mit der Rechtskraft des Aufhebungsurtheils. Dieses bewirkt Auflösung der Ehe und die Auflösung der Ehe bewirkt, ohne daß diese Selbstverständlichkeit im B.G.B. zum Ausdrucke käme (vgl. §§ 1418 ff., 1426 ff., 1468 ff., 1542 ff., 1549 ff.), die Beendigung jedes der fünf dem B.G.B. bekannten Güterstände. — Wären Staudinger-Engelmann konsequent, so müßten sie die Fortdauer des ehelichen Güter-

---

Wohnsitz des Mannes nicht theilt, wenn auf immerwährende Trennung von Tisch und Bett erkannt ist, ergiebt sich für das B.G.B. daraus, daß nach § 1586 vermöge des Urtheils auf Aufhebung der e. G. die mit der Scheidung verbundenen Wirkungen eintreten, also der Frau gegenüber auch der Verlust des gesetzlichen Wohnsitzes." Wie wollen Staudinger-Engelmann die so begründete Streichung des § 17 mit ihrer Lehre in Einklang bringen?

43) A. M. Staudinger-Engelmann Bd. 4 S. 706, Staudinger-Löwenfeld zu § 10 Note 7d.

44) Bloße séparation de corps bewirkt die Hemmung der Verjährung nicht, wie folgerichtig die Doktrin des französischen Rechts annimmt, s. Zachariä-Crome Bd. 3 S. 163.

45) Engelmann entnimmt diesen Satz (vgl. die kurze Note 6 zu § 1353) wohl aus dem terminus Aufhebung der e. G.; in seine Theorie hat er ihn nicht eingegliedert. Jedenfalls müßte hier E. eine Wirkung des Aufhebungsurtheils anerkennen, die keine spezifische Scheidungsfolge ist.

45a) Engelmann müßte Ehebruch annehmen; allerdings könnte wegen dieser Normwidrigkeit eine Bestrafung nicht eintreten, da wegen dieses Ehebruchs die Ehe nicht geschieden ist und (vgl. übrigens unten Abschnitt IV) nicht geschieden werden kann. Vgl. auch unten Ziffer 20 a. Anf., S. 373.

standes behaupten.[46] Denn die Beendigung des Güterstandes ist keine spezifische Scheidungswirkung, sondern eine Auflösungswirkung. Der Satz von Staudinger-Engelmann (Note 3 zu § 1586):

> „soweit das Gesetz gewisse Rechtsfolgen mit der Auflösung
> „der Ehe verbindet, treten dieselben bei Aufhebung der e. G.
> „nicht ein"

steht in schreiendem Widerspruch mit der Lehre Staudinger's, daß auch im Falle der Aufhebung der e. G., obgleich die Ehe als solche bestehen bleibe, der jeweilige Güterstand endige, und die mehrfach wiederkehrende Behauptung Staudinger's:[47]

> die Aufhebung der e. G. habe unter Anderem auch „in der hier fraglichen Richtung die Wirkung der Ehescheidung"

ist im Lichte der von ihm vertretenen prinzipiellen Auffassung die reine Willkürlichkeit.[48]

5. Eine Ehe kann geschieden werden aus den bekannten Scheidungsgründen, § 1564 Satz 1; die aufgelöste Ehe kann es nicht. Nach Aufhebung der e. G. ist Scheidung aus einem der Scheidungsgründe des B.G.B. §§ 1565—1569, auch wenn der Scheidungsgrund der Zeit vor der Aufhebung angehört, ausgeschlossen.[49]

6. Die Verwandten eines Ehegatten sind mit dem anderen Ehegatten verschwägert, § 1590 Abs. 1 Satz 1. Die unehelichen Kinder (vgl. Ziff. 7) der Frau, die empfangen sind nach Auflösung der Ehe z. B. durch Scheidung oder Aufhebung der e. G., sind mit dem früheren Ehemanne der Frau nicht verschwägert.[50] Nach der Gegenansicht besteht Schwägerschaft in gerader Linie im ersten Grade; es bestände demnach nicht das bloß aufschiebende Ehehinderniß des § 1310 Abs. 2,[51] sondern das trennende (§ 1327) Ehehinderniß des § 1310 Abs. 1, es wäre Schwägerschaft im Sinne der Reichsjustizgesetze gegeben (Art. 33 E.G.) u. s. w.

7. Zu besonders bedenklichen Ergebnissen führt die bekämpfte Theorie in der Lehre von der ehelichen Abstammung.

---

46) Folgerichtig ist das französische Recht, das im Falle der séparation de corps die Gütersonderung gesetzlich vorschreibt, Art. 311, 1441 C. c., Zachariä-Crome Bd. 3 S. 160.

47) Staudinger Bd. 4 S. 160 vor § 1418, S. 228 vor § 1468; vgl. auch S. 314 vor § 1542, S. 320 zu § 1549.

48) Wo soll die Grenze sein? warum nicht statt Scheidungswirkungen ganz allgemein auch Auflösungswirkungen?

49) Ueber die actio iudicati auf Scheidung vgl. oben I 3, S. 354 fg.

50) A. M. Engelmann Note 5 zu § 1590, Note 2, 3 d zu § 1309.

51) Konsummation der Ehe vorausgesetzt.

Ein Kind, das nach der Eingehung der Ehe geboren wird, ist ehelich, wenn die Frau es vor oder während der Ehe empfangen und der Mann innerhalb der Empfängnißzeit der Frau beigewohnt hat, § 1591 Abs. 1. Satz 1. Ist das Kind nach Auflösung der Ehe, z. B. nach rechtskräftiger Aufhebung der e. G. empfangen, so ist es nicht ehelich.[52]

Ganz anders lauten die Konsequenzen der katholisirenden Auffassung. Sie kommen mit dem kanonischen Recht[53] und mit dem „unbilligen" Recht des Code civil[54] überein, über welches das geltende französische Recht hinausgeschritten ist.[55] Die gedachte Auffassung[56] gelangt zu folgenden Sätzen. Trotz des Aufhebungsurtheils besteht die Ehe fort. Das von der Frau nach der Aufhebung der e. G. empfangene Kind ist während der Ehe empfangen. Es ist ehelich, wenn der Mann innerhalb der gesetzlichen Empfängnißzeit der Frau beigewohnt hat. Daß der Mann innerhalb dieser Zeit der Frau beigewohnt habe, wird vermuthet![57] Nach § 1593 kann die Unehelichkeit eines Kindes, das während der Ehe oder innerhalb 302 Tagen nach der Auflösung der Ehe geboren ist, nur geltend gemacht werden, wenn der Mann die Ehelichkeit angefochten hat oder, ohne das Anfechtungsrecht verloren zu haben, gestorben ist. Die Anfechtung der Ehelichkeit kann nur binnen der Ausschlußfrist eines Jahres seit Kenntniß der Geburt des Kindes erfolgen (§ 1594), und zwar bei Lebzeiten des Kindes nur durch Erhebung der Anfechtungsklage gegen das Kind (§ 1596 Abs. 1). Anerkennung des Kindes nach der Geburt durch den Mann hätte Ausschluß der Anfechtung zur Folge[58] (§ 1598 Abs. 1). Bei Anerkennung oder Versäumung der Präklusivfrist wäre das Kind ehelich. Das eheliche Kind trägt den Namen seines Vaters, nicht den der Mutter, die ihrerseits unter Umständen (§ 1577) ihren Mädchennamen führt! — Geht die getrennte Ehefrau einen Konkubinat mit einem dritten Manne ein, aus dem Kinder hervorgehen, so müßte also nach jeder Geburt der „Ehemann" sich beeilen, die Anfechtungsklage anzustellen, und zusehen, wie er die Präsumption

52) Derselben Ansicht u. A. Planck-Unzner N. 6 zu § 1591, N. 5 zu § 1593; Cosack Lehrbuch Bd. 2 S. 502 Ziff. II 3.

53) Vgl. Scherer Kirchenrecht Bd. 2 S. 519.

54) Zachariä Crome Bd. 3 S. 162 Note 9.

55) Zachariä Crome Bd. 3 S. 453.

56) Vertreten z. B. von Engelmann Note 2a zu § 1591, N. 2 zu § 1593 (vgl. schon Engelmann Eheliche Abstammung, in den Bl. f. Rechtsanw. Bd. 63, 1898, S. 44), Achilles-Unzner N. 1 zu § 1593, Erler Ehescheidungsrecht 2. Aufl. S. 83 N. 10 a. E.

57) Engelmann N. 2b zu § 1591 S. 365 unten.

58) Vgl. dagegen Planck-Unzner N. 5 zu § 1593.

der Beiwohnung widerlege; das Kind als die unterliegende Partei müßte die nicht unerheblichen Prozeßkosten und ev. die Kosten eines Pflegers (§ 1909) tragen. Ein Motiv mehr wäre für den Mann gegeben, die Umwandlung des Aufhebungsurtheils in das Scheidungsurtheil zu beantragen, um mögliche künftige Anfechtungsklagen zu sparen.

8. Für das Unterhaltsrecht ist eine Frau nach Aufhebung der e. G. ein 'unverheirathetes' Kind im Sinne von § 1579 Abs. 1 Satz 2, § 1602 Abs. 2, § 1603 Abs. 2, § 1609 Abs. 2 Satz 1, § 1612 Abs. 2.

9. Ist eine (minderjährige) Tochter „verheirathet", so beschränkt sich die Sorge für ihre Person seitens des Inhabers der elterlichen Gewalt auf die Vertretung in den die Person betreffenden Angelegenheiten, § 1633 (vgl. auch § 1800). Hat die Tochter aufgehört verheirathet zu sein, z. B. in Folge Aufhebung der e. G., so hat die elterliche Gewalt nach der Richtung der persönlichen Fürsorge wieder ihren vollen Inhalt. — Zu zweckwidrigen Umständlichkeiten führt die Gegenansicht. Nach dieser ist die Tochter nach wie vor verheirathet, die elterliche Gewalt nach wie vor inhaltlich beschränkt. Für Angelegenheiten, an deren Besorgung der Gewalthaber rechtlich verhindert ist, also für die thatsächliche Fürsorge (Bestimmung des Aufenthaltsortes, Unterbringung in einer Irrenanstalt, Erziehung u. s. w.) müßte ein Pfleger bestellt werden, § 1909 Abs. 1. Und dies Alles, trotzdem die Beschränkung der elterlichen Gewalt in § 1633 ihren Grund nur in der Rücksichtnahme auf die Rechte des Ehemannes hat, und solche Rechte nach der Aufhebung der e. G. unbestritten nicht mehr bestehen![59]

10. Der Mutter steht die elterliche Gewalt zu, wenn der Vater die elterliche Gewalt verwirkt hat und die Ehe aufgelöst ist (§ 1684 Abs. 1 Nr. 2), z. B. durch Aufhebung der e. G.[60]

Ist die Ehe aufgelöst, so hat das Vormundschaftsgericht der Mutter auf ihren Antrag die Ausübung der elterlichen Gewalt zu übertragen, wenn die elterliche Gewalt des Vaters ruht und keine Aussicht besteht, daß der Grund des Ruhens wegfallen werde. Die Mutter erlangt in diesem Falle auch die Nutznießung an dem Vermögen des Kindes. § 1685 Abs. 2.

Diese beiden Auflösungswirkungen können nach der gegnerischen Ansicht[61] nicht Platz greifen. Damit wird angesichts eines „Ehebandes", das jeden positiven Inhalt verloren hat, eine Rücksicht gegenüber dem

59) Auf den kontroversen § 1661 einzugehen, unterlasse ich an dieser Stelle.

60) Uebereinstimmend Opet Verwandtschaftsrecht S. 324 vgl. S. 320, Fischer-Henle N. 5 zu § 1684, N. 4 zu § 1685.

61) Vgl. Engelmann N. 1c am Ende zu § 1684, N. 3b am Ende zu § 1685.

„Ehemanne“ geübt, für die ein vernünftiger Grund nicht aufzufinden ist. Wozu in diesen Fällen Vormundschaft (vgl. § 1698) mit ihren Umständlichkeiten und Kosten? wozu der Mutter den Zugang zur Nutznießung (§ 1685 Abs. 2) verschließen?

11. Nach § 1685 Abs. 1 übt, wenn der Vater an der Ausübung der elterlichen Gewalt thatsächlich verhindert ist oder seine elterliche Gewalt ruht, während der Dauer der Ehe die Mutter die elterliche Gewalt mit Ausnahme der Nutznießung aus. — Nach Auflösung der Ehe bei Lebzeiten des Vaters soll die Mutter die ihr vorher vom Gesetz angewiesene Vertrauensstellung nicht haben. Besteht ein Grund, sie ihr nach Aufhebung der e. G. zu belassen?

12. Will ein Vater sein uneheliches Kind durch Verfügung der Staatsgewalt für ehelich erklären lassen und ist er „verheirathet“, so bedarf er der Einwilligung „seiner Frau“, § 1726 Abs. 1 Satz 2; versagt die Frau die Einwilligung, so kann sie nicht etwa ersetzt werden, sondern die Ehelichkeitserklärung scheitert an dem Widerspruche der Frau. Wegen der Innigkeit der durch die Ehe begründeten Lebensgemeinschaft soll der Mann zu seinem unehelichen Kinde nicht ohne den Willen seiner Frau in die rechtliche Stellung des ehelichen Vaters (§ 1736) kommen können. Hat — durch Aufhebung der e. G. z. B. — der Vater aufgehört, verheirathet zu sein, und die Frau aufgehört, seine Frau zu sein, so ist der Vater vom Willen der Frau unabhängig. — Zum entgegengesetzten Ergebniß gelangt Engelmann,[62] der ratio zuwider.

Entsprechendes gilt bei der Adoption durch einen Ehegatten, § 1746 Abs. 1. Auch die Adoption durch ein „Ehepaar“ (§ 1749, § 1757 Abs. 2) ist nach Aufhebung der e. G. richtiger Ansicht nach ausgeschlossen (§ 1749 Abs. 1, vgl. auch Abs. 2).

13. Nur für eine ‘Ehefrau’, nicht für eine Geschiedene und Quasi-Geschiedene, darf der Mann vor den nach § 1776 Berufenen zum Vormunde bestellt werden, § 1778 Abs. 3.

Der Vormund kann den Mündel nicht vertreten bei einem Rechtsgeschäft oder Rechtsstreit zwischen seinem Ehegatten und dem Mündel, § 1795 Abs. 1 Nr. 1, 3, vgl. § 1630 Abs. 2.

Eine Frau, die mit einem Anderen als dem Vater des Mündels verheirathet ist, soll nur mit Zustimmung ihres Mannes zum Vormunde bestellt werden, § 1783 vgl. § 1887 Abs. 2.

Eine Ehefrau darf zum Vormund ihres (volljährigen) Mannes auch ohne dessen Zustimmung bestellt werden, § 1900 Abs. 1. Der Ehegatte des volljährigen Mündels darf vor den gesetzlich berufenen Aszendenten zum Vormunde bestellt werden, § 1900 Abs. 2.[63]

62) Engelmann N. 1 b zu § 1726 verglichen mit N. 1 am Ende zu § 1746.
63) Vgl. weiter etwa § 1899 Abs. 2, § 1901 Abs. 2.

14. Der überlebende Ehegatte des Erblassers hat gesetzliches Erbrecht (§ 1931), Recht auf den Voraus (§ 1932), Pflichttheilsrecht (§ 2303 Abs. 2). Die Ehe muß zur Zeit des Erbfalles bestanden haben. War sie aufgelöst, z. B. in Folge von rechtskräftiger Aufhebung der e. G., so entfallen Intestaterbrecht, gesetzliches Vorausvermächtniß, Pflichttheilsanspruch.

Dem Majus der Auflösung durch Scheidung und Aufhebung der e. G. steht das Minus der bloßen Rechtshängigkeit der vom Erblasser augestrengten[64] Scheidungs- oder Aufhebungsklage, die zu Recht, und zwar wegen Verschuldens[64a] erhoben war, gleich. Es soll erbrechtlich ohne Einfluß bleiben, wenn der Erblasser in Folge seines Todes den begonnenen Prozeß nicht zum Siege bis zur rechtskräftigen Entscheidung durchführen konnte. Erbrecht des überlebenden Ehegatten (damit auch Pflichttheilsrecht) und Recht auf den Voraus sind ausgeschlossen,

> „wenn der Erblasser zur Zeit seines Todes auf Scheidung wegen Verschuldens des Ehegatten zu klagen berechtigt war und die Klage auf Scheidung oder auf Aufhebung der e. G. erhoben hatte“, § 1933. —

Zu ganz anderen[65] und zwar sehr bezeichnenden Resultaten gelangt die abweichende Auffassung, wie sie in Staudinger's Kommentar von Herzfelder[66] vertreten wird.[67] Bei bloßer Aufhebung der e. G. soll an sich das Erbrecht des überlebenden Ehegatten[68] gegeben sein. Nur stelle die positive (?) Gesetzesvorschrift des § 1933 eine Ausnahme auf. Diese Ausnahme sei auszudehnen (?) auf den Fall, daß „auf diese (Aufhebungs-)Klage schon entsprechendes Urtheil[69] ergangen war.“[70] Ist also die Aufhebung der e. G. (durch rechtskräftiges Urtheil) eingetreten

---

64) Hatte der überlebende Ehegatte die Klage erhoben, so behält er dessen ungeachtet seine Erbrechte; es besteht kein Grund, ihn auf den Unterhaltsanspruch zu beschränken.

64a) Gegenüber dem geisteskranken Ehegatten muß die Klage vor dem Tode des Erblassers zum rechtskräftigen Urtheil geführt haben.

65) Wie hier: Planck-Ritgen N. 2 Abs. 2 zu § 1931, vgl. N. 2c zu § 1933, (Enneccerus-)Lehmann a. a. O. S. 462fg., Neumann a. a. O. N. 2b zu § 1931.

66) Staudinger-Herzfelder N. 4d zu § 1931, N. 2 zu § 1933.

67) Nach französ. Recht, dessen Vergleichung auch hier instruktiv ist, stand früher (C. c. a. 767) dem separirten Ehegatten das subsidiäre Erbrecht zu. Das Ges. v. 9. März 1891 hat aber dem separatus dieses Erbrecht vernünftigerweise genommen und den Nießbrauch an der Nachlaßquote nicht gegeben. S. Zachariä-Crome Bd. 4 S. 56—58.

68) Also auch das Pflichttheilsrecht.

69) Gemeint ist wohl rechtskräftiges Urtheil.

70) Das müßte auch für das Pflichttheilsrecht gelten.

a) auf Klage des Erblassers aus § 1569 (Geisteskrankheit) hin,[71]
b) auf Klage des überlebenden Ehegatten aus irgend einem Scheidungsgrunde hin,

so habe der überlebende Ehegatte „sein gesetzliches Erbrecht trotz des § 1933 oder vielmehr gerade wegen des Wortlautes desselben"! —

Die Bestimmung des § 1933 mußte unsere Gegner in die größte Verlegenheit setzen. Die Auslegung, mit der Herzfelder sich zu helfen sucht, ist ohne allen Zweifel unmöglich. Ihre Unmöglichkeit erhellt, wenn man den richtigen inneren Zusammenhang der Bestimmung (oben Ziff. 14 alin. 2) ins Auge faßt und die speziellen Thatbestandsmerkmale der Ergänzungsnorm des § 1933 gebührend betont,[72] statt sie zu eliminiren. Ist die Aufhebung der e. G. durch rechtskräftiges Urtheil vor dem Tode des Erblassers eingetreten, so ist der Erblasser „zur Zeit seines Todes" zwar berechtigt gewesen, „auf Grund des Urtheils die Scheidung zu beantragen" (§ 1576 Abs. 1), aber nicht, „wegen Verschuldens des Ehegatten auf Scheidung zu klagen", und weiter hatte der Erblasser die Klage auf Aufhebung nicht bloß erhoben, sondern es war das Aufhebungsurtheil ergangen und in Rechtskraft erwachsen.

Noch schwerer fallen die praktischen Bedenken in die Waagschale, zu denen die Konsequenzen der Ansicht Herzfelder's Anlaß geben. Der Erblasser wird zum Scheidungsantrag aus dem Aufhebungsurtheil (§ 1576) geradezu getrieben, da er kein anderes Mittel hat, um seine Erben von dem Pflichttheilsanspruche seines „Ehegatten" zu befreien. Ferner kommen die Gegner nothwendig zu dem ungeheuerlichen Ergebnisse, daß in dem oben bezeichneten Falle a immer, in dem Falle b immer dann, wenn der Erblasser allein für schuldig erklärt worden ist, der überlebende Ehegatte neben seinem Erbrecht[73] oder Pflichttheilsanspruche den Unterhaltsanspruch aus § 1583 bezw. § 1578[74] gegen die Erben des anderen Gatten (§ 1582 Abs. 1) hätte,[75] während doch der Ehegatte, dessen Ehe bis zum Tode des anderen Gatten weder durch Scheidung noch durch Aufhebung der e. G. affizirt worden ist, auf sein Erbrecht bezw. seinen Pflichttheilsanspruch beschränkt bleibt,

71) Diesen Fall übersieht Herzfelder; ich füge ihn in seinem Sinne ein.

72) Hätte § 1933 den von Herzfelder behaupteten Sinn bekommen sollen, so hätte nach der ganzen Technik des B.G.B. die Fassung anders ausfallen müssen.

73) Herzfelder a. a. O. (oben N. 66).

74) Engelmann N. 3 zu § 1586, N. 6 zu § 1578. Keiner der beiden Schriftsteller versucht eine Restriktion, und ein etwaiger Versuch dazu müßte unbedingt scheitern.

75) Erbt der Ehegatte selbst mit, so würde theilweise Konfusion eintreten.

andererseits der unschuldige Geschiedene nur den Unterhaltsanspruch hat, und trotzdem, wie auch Engelmann vorträgt,[76] der Unterhaltsanspruch gegen den Erben lediglich gegeben wird mit Rücksicht darauf, daß „das gesetzliche Erbrecht des unschuldigen Ehegatten in Wegfall kommt.“

15. Dieselben Fragen, die uns soeben (Ziff. 14) beschäftigt haben, kehren im Rechte der letztwilligen Verfügungen (§ 2077),[77] des gemeinschaftlichen Testaments (§ 2268), des Erbvertrages (§ 2279) wieder. Zum Mindesten in den oben S. 369 aufgeführten Fällen würden nach Herzfelder[78] die gedachten Verfügungen von Todes wegen trotz der Aufhebung der e. G. nicht unwirksam werden.

16. Den Ehegatten steht eine erweiterte Verfügungsmacht von Todes wegen zu. Nur sie können ein gemeinschaftliches Testament errichten (§ 2265); ein Ehegatte kann als Erblasser mit seinem Ehegatten einen Erbvertrag schließen, auch wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist (§ 2275 Abs. 2 Satz 1; vgl. § 2290 Abs. 3 Satz 2, § 2291 Abs. 1 Satz 2, § 2292); zu dem Erbverzicht ist, wenn der Verzichtende unter elterlicher Gewalt steht, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht erforderlich, sofern der Vertrag unter Ehegatten geschlossen wird (§ 2347 Abs. 1; vgl. § 2352 Satz 3). — Nach Aufhebung der e. G. sind die gewesenen Ehegatten nach unserer Auffassung keine Ehegatten mehr, sie entbehren also der erweiterten Verfügungsmacht.[79]

17. Zu welchen Differenzen die beiden Ansichten im Rechte der inofficiosa donatio (§ 2325) führen, soll an einem Beispiel gezeigt werden.

A. und B. sind verheirathet und haben ein Kind F. Der Mann A. hat ein Vermögen von 50000; davon schenkt er am 1. Januar 1900 seiner Frau B. 40000. Am 1. Juli 1905 tritt, auf Klage der Frau hin, Aufhebung der e. G. ein. Am 1. Oktober 1915 stirbt der Mann. Sein Intestaterbe ist nun das Kind F.[80], es erbt die dem Vater verbliebenen 10000. Die Mutter ist noch im Besitz der 40000. Kann

76) Engelmann N. 1 zu § 1582.

77) Dazu Frommhold N. 2b bei § 2077.

78) Herzfelder's Erbrechtskommentar ist z. Z. erst bis § 1979 vorgeschritten.

79) Haben sich die Gatten, deren e. G. aufgehoben ist, durch Quasi-Verlöbniß (unten III Ziff. 5) die Wiederherstellung der e. G. versprochen, so können sie zwar noch nicht ein gemeinschaftliches Testament errichten, wohl aber (arg. § 2275 Abs. 3) als Erblasser mit ihrem ‘Verlobten’ einen Erbvertrag trotz beschränkter Geschäftsfähigkeit schließen; und zum Erbverzicht ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts unter den im Text erwähnten Umständen (arg. § 2347 Abs. 1) nicht erforderlich.

80) Und zwar sein einziger Erbe; vgl. oben Ziff. 14.

nun F. gegen seine Mutter auf Ergänzung des Pflichttheils bis zum Betrage von 25000, also auf 15000 klagen? Nach der hier vertretenen Ansicht kann F. dies nicht, sowenig wie wenn am 1. Juli 1905 die Ehe geschieden wäre, weil die zehnjährige Frist[81] des § 2325 mit dem 1. Juli 1915 abgelaufen ist. — Nach der Gegenansicht hat F. von seiner Mutter 11250 zu fordern. Erbfall und Auflösung der Ehe fallen zusammen. F. und B. sind Miterben, F. erhält von der Erbschaft 7500, B. 2500. F. hätte als Pflichttheil zu beanspruchen die Hälfte von Dreivierteln von 50000 = 18750, minus 7500, die er bereits bekommen hat, also 11250. Auch hier wieder sind die Gegner gezwungen, die ratio des Gesetzes auf den Kopf zu stellen. Die „Frist" soll nicht laufen, weil „bei Schenkungen unter Ehegatten der verschenkte Gegenstand thatsächlich gemeinschaftliches Vermögen bleibt".[82]

18. Von den einschlägigen Bestimmungen der Civilprozeßordnung (vgl. auch oben N. 40) ist zur näheren Betrachtung eine herauszugreifen, weil sie das B.G.B. mißverstanden und sich zu ihm in Widerspruch gesetzt hat.

Der Antrag auf Entmündigung wegen Geisteskrankheit u. s. w. kann von dem Ehegatten gestellt werden (C.P.O. § 646 Abs. 1; vgl. § 680 Abs. 3, § 664 Abs. 2). Nach Auflösung der Ehe (auch durch Aufhebungsurtheil) verliert der gewesene Gatte die Antragsberechtigung; sie steht dann nur den Verwandten, dem gesetzlichen Vertreter mit Personenfürsorge (und dem Staatsanwalt) zu. Ueber die Verwandten spricht sich das Gesetz in folgender eigenthümlichen Weise aus:

> „Gegen eine Ehefrau" (!) „kann der Antrag von einem Verwandten (nur) gestellt werden, wenn auf Aufhebung der e. G. erkannt ist" ... (C.P.O. § 646 Abs. 1 Satz 3).

Diese Vorschrift[83] ist überflüssig, inkorrekt gefaßt und irreführend.

---

81) Den Ausdruck 'Frist' gebraucht hier das Gesetz in eigenthümlichem, untechnischem Sinne.

82) Protokolle Bd. 5 S. 588.

83) Sie steht wörtlich schon in der Regierungsvorlage (§ 595 Abs. 1), angef. Materialien S. 45, 918. Die Reichstagsvorlage ist eine Verschlimmbesserung der, vor Einfügung unseres Institutes in das B.G.B., im Entw. I eines E.G. z. B.G.B. Art. 11 I § 595 (dazu Mot., Berlin Guttentag 1888, S. 85 fg. Ziff. 4) in Aussicht genommenen, von der zweiten Kommission festgehaltenen (Prot. Bd. 6 S. 687 ff., Anlage II der Denkschrift zum Entw. eines B.G.B., Reichstagsvorlage, Berlin Guttentag 1896, S. 330), ganz korrekten Fassung des § 595:

> „Von einem Verwandten kann der Antrag ... gegen eine Ehefrau nur dann gestellt werden, wenn auf Trennung der Ehegatten von Tisch und Bett erkannt ist" ...

Der Urheber der Aenderung ging von der Gleichung aus: Trennung von Tisch und

Ueberflüssig: ebensogut hätte das Antragsrecht der Verwandten für den Fall der Scheidung sichergestellt und begrenzt werden können. Inkorrekt gefaßt: nach der Aufhebung der e. G. ist die Frau nicht mehr „Ehefrau", sondern „frühere Ehefrau", wie im Widerspruch zu § 646 bei Streichung des § 17 C.P.O. I [84] vorausgesetzt und in § 850 Abs. 4, § 861 Abs. 1 C.P.O. II angenommen wird. Irreführend: sie giebt eine scheinbare Stütze ab für die Meinung, daß die Aufhebung der e. G. nicht zur Auflösung der Ehe führe [85] — was dem B.G.B. widerstreitet — und legt die Folgerung nahe, daß der „Ehemann" der „Ehefrau" gegenüber auch nach der Aufhebung zum Entmündigungsantrag berechtigt sei, was wiederum mit dem u. E. feststehenden Inhalte der bürgerlichen Rechtsordnung unvereinbar ist. Der ungenaue Wortlaut des § 646 C.P.O. ist korrektorisch auszulegen. [86] [87]

19. Der Anfechtung aus K.O. § 31 Nr. 2, § 32 Nr. 2 (vgl. Anfechtungsgesetz § 3 Nr. 2, 4) [88] unterliegen nicht z. B. die entgeltlichen Verträge des Gemeinschuldners mit seinem gewesenen Ehegatten bezw. die in dem vorletzten Jahre vor der Konkurseröffnung von dem Gemeinschuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen zu Gunsten seines gewesenen Ehegatten. Dies gilt auch im Falle der Aufhebung der e. G., während nach der gegnerischen Ansicht die genannten Verfügungen und Verträge in diesem Falle, wenn die übrigen Voraussetzungen der Anfechtbarkeit zutreffen, gegen den Sinn der Gesetze als anfechtbar zu betrachten wären.

Bett = Aufhebung der e. G.; da die Gleichung nicht stimmt, so ist die ganze Rechnung verdorben worden. Zudem blieb die noch heute (in geringem Umfang, aus der Zeit vor dem P.St.G.) bestehende dauernde Trennung von Tisch und Bett ungeregelt.

84) Vgl. oben Ziff. 1 nebst Note 42.

85) Staudinger-Engelmann-Herzfelder haben sich dieses (Schein-)Argument entgehen lassen.

86) Da C.P.O. II eine Abänderung des materiellen Rechts nicht beabsichtigt haben kann, so darf selbstverständlich B.G.B. § 1586 nicht aus C.P.O. § 646 erklärt werden.

87) Auch die Begründung von § 646 C.P.O. (Materialien S. 192) sagt unzutreffend, die Bestimmung sei getroffen

> „für solche Fälle, in denen die Fürsorge des Ehemanns" (!) „für die Frau durch besondere Verhältnisse ausgeschlossen ist";

im Falle der Aufhebung der e. G. sind die persönlichen Beziehungen der Gatten formell durch die Rechtsordnung beseitigt. — Die Motive zu C.P.O. § 754 d (Materialien S. 250) bezeichnen die Frau nach Aufhebung der e. G. korrekt als „frühere Ehefrau"; wie das Gesetz, so widerspricht auch die Begründung sich selbst, vgl. dazu oben N. 42.

88) Auf K.O. §§ 45, 183 will ich nur hinweisen.

20. Auch auf strafrechtlichem Gebiete[89] offenbaren sich die Gegensätze der Ansichten in ihren Konsequenzen.

Die Bestrafung des Ehebruchs (§ 172 St.G.B.) setzt u. A. voraus, daß eine Ehe gebrochen ist und daß wegen dieses Ehebruchs die Ehe geschieden ist.[90] Nach der Rechtskraft des Aufhebungsurtheils besteht eine Ehe nicht mehr (oben bei N. 39, 40), also auch keine Verpflichtung zur ehelichen Treue (oben Ziff. 3 S. 363). Die Gegenansicht, die mit dem kanonischen Rechte übereinkommt,[91] muß Ehebruch annehmen,[92] der aber niemals bestraft werden könnte (oben N. 45a) — wiederum ein innerer Widerspruch unserer Rechtsordnung.[93] [93a]

Wenn die Ehefrau beleidigt worden ist, so hat nach St.G.B. § 195 (E.G. z. B.G.B. Art. 34 VI) der Ehemann das Recht, auf Bestrafung anzutragen. Dieses Schutzrecht steht und fällt mit der Ehe. Wird die Frau nach der Aufhebung der e. G. beleidigt oder (unter den Kriminalisten bestritten) wird innerhalb der Antragsfrist die e. G. aufgehoben, so hat der frühere Ehemann das Recht nicht mehr.

Bei Beschimpfung des Andenkens eines Verstorbenen ist nach St.G.B. § 189 der „Ehegatte des Verstorbenen“ zum Antrag auf Strafverfolgung befugt. Darunter wird zu verstehen sein der Ehegatte, der zur Zeit des Todes des anderen Gatten mit diesem durch das Band der Ehe verbunden war. Scheidung wie Aufhebung der e. G. vor dem Tode des Beschimpften lassen also das Antragsrecht nicht zur Entstehung kommen.

---

89) Auf das sonstige öffentliche Recht — abgesehen vom Prozeß, Ziff. 18, (19), 21 — gehe ich nicht ein. Vgl. z. B. G. über die Freizügigkeit vom 1. Nov. 1867 (E.G. z. B.G.B. Art. 37), G. über die Erwerbung und den Verlust der Bundes- und Staatsangehörigkeit vom 1. Juni 1870 (E.G. z. B.G.B. Art. 41), dazu Sartorius a. a. O.; G. über den Unterstützungswohnsitz vom 6. Juni 1870 (§§ 9, 15—17, 20) u. s. w.

90) Ist wegen Ehebruchs Aufhebung der e. G. erfolgt, so ist Bestrafung unbestritten (vgl. oben N. 37) möglich.

91) Vgl. Scherer Kirchenrecht Bd. 2 S. 582; ebenso mit dem französ. Recht der séparation de corps, Zachariä-Crome Bd. 3 S. 153, 161.

92) So wohl auch Erler Ehescheidungsrecht 2. Aufl. S. 83 N. 10. Selbstverständlich darf die Frau, für welche die e. G. aufgehoben ist, nicht der böslich verlassenen Ehefrau (R.G. Entsch. Bd. 35 S. 132) gleichgestellt werden, was anscheinend Erler a. a. O. (N. 10 in Verbindung mit dem Texte) thut.

93) Ueber St.G.B. §§ 236, 237 (E.G. z. B.G.B. Art. 34 VIII) s. unten IV S. 393, über St.G.B. § 338 unten B Ziffer 1 a. E. St.G.B. § 170 (Eheerschleichung) berührt unser Thema trotz der Worte „wenn ... die Ehe aufgelöst worden ist“ nicht; statt „aufgelöst“ sollte es heißen „für nichtig erklärt“, eine terminologische Aenderung, die im E.G. z. B.G.B. Art. 34 aus Versehen unterblieben ist.

93a) Nothzucht an der separata ist richtiger Ansicht nach möglich (§ 177 St.G.B.).

Ein Diebstahl, eine Unterschlagung, auch ein Mundraub, welche von einem Ehegatten gegen den anderen begangen worden sind, bleiben gemäß St.G.B. § 247 Abs. 2, § 370 Abs. 1 Nr. 5 straflos. Nach rechtskräftiger Aufhebung der e. G. trifft dieser subjektive Strafausschließungsgrund nicht mehr zu. Die Gegenmeinung müßte den „Ehegatten", der etwa zur Rache für den von der Frau gewonnenen Aufhebungsprozeß bei dieser bewaffnet einsteigt, ihre Behältnisse mit falschen Schlüsseln öffnet und ihr gesammtes großes Vermögen in Werthpapieren und Werthsachen stiehlt, um es mit Erfolg im Auslande durchzubringen, nach § 247 Abs. 2 St.G.B. straflos ausgehen lassen.[94]

21. Die strafprozessualen Befugnisse des Ehegatten bestehen bei Aufhebung der e. G. nicht, so die Beistandschaft des Ehemannes der Angeklagten § 149 St.P.O., das Recht des Ehemannes der beschuldigten Frau, selbständig von den Rechtsmitteln Gebrauch zu machen § 340 St.P.O., das Recht, nach dem Tode des Ehegatten Wiederaufnahme des Verfahrens zu beantragen § 401 St.P.O., das Recht des Ehegatten, die Privatklage nach dem Tode des Klägers fortzusetzen § 433 Abs. 2 St.P.O.

B. Die Ausnahmen von der Regel.

Die Aufhebung der e. G. zeigt der Scheidung gegenüber nur den einen Unterschied, daß bei der Aufhebung das eine eheliche Band übrig bleibt, welches die Wiederverheirathung jedes der beiden gewesenen Ehegatten hindert.[95]

Stammt dieses Ueberbleibsel der ehelichen Verbindung von einer nichtigen oder anfechtbaren Ehe her, so muß es beseitigt werden können, gerade wie wenn das volle Eheband noch bestände.

Das eine, bestehen bleibende Band kann von positiver Bedeutung werden als Theilthatbestand: wenn zu ihm die thatsächliche Wiederherstellung der e. G. hinzukommt, so verwandelt sich das Theilband[95a] in das volle Eheband (unten Abschnitt III, IV).

---

94) Nach der Aufhebung der e. G. sind die gewesenen Gatten nicht mehr Angehörige im Sinne des § 52 Abs. 2 St.G.B., vgl. §§ 54, 213, 232 Abs. 2, 257 Abs. 2, 3, 258 Abs. 3, 263 Abs. 4, 292 Abs. 2, 303 Abs. 4.

95) Insofern ist die Aufhebung der kanonischen separatio perpetua a toro et mensa ähnlich, und damit ist den Gewissensbedenken der Katholiken Rechnung getragen.

95a) Man könnte dies auch so konstruiren: nach der Aufhebung besteht die Ehe unter der suspensiven condicio iuris der Wiederherstellung.

1. Die erste und Hauptausnahme verfügt das B.G.B. mit den Worten:

„die Eingehung einer neuen Ehe ist jedoch ausgeschlossen“ § 1586 Satz 1 Halbsatz 2.

In Hinsicht auf die Eingehung einer neuen Ehe[96] besteht die Ehe nach der Aufhebung der e. G. unaufgelöst fort, in gedachter Hinsicht gelten die Ehegatten als „verheirathet“.[97] Die Folgesätze sind diese.

Keiner der Ehegatten darf sich mit einer dritten Person[98] verheirathen, bevor seine frühere „Ehe“, d. h. das einzig noch bestehende Restband dieser Ehe, aufgelöst oder für nichtig erklärt worden ist, § 1309 Abs. 1 Satz 1. Das Ehehinderniß ist öffentliches trennendes Hinderniß, die verbotswidrige Ehe nach § 1326 nichtig, wenn das Restband zur Zeit der neuen Eheschließung gültig war. Die Eingehung der neuen Ehe, die erfolgt, bevor die frühere „Ehe“ aufgelöst oder für nichtig erklärt worden ist, wird gemäß St.G.B. § 171 (E.G. z. B.G.B. Art. 34 V) als Doppelehe gestraft. Strafbar ist auch (der Religionsdiener oder) der Standesbeamte, der, wissend, daß die Person „verheirathet“ ist, eine neue Ehe derselben schließt, St.G.B. § 338.

Die Frage, ob, ev. wie und unter welchen Voraussetzungen die Ehegatten unter einander eine „neue“ Ehe eingehen können, ist in anderem Zusammenhange zu erörtern.[99]

2. Betreffs der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit des Restbandes giebt das B.G.B. die vielsagende Norm:

„Die Vorschriften über die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe“ (§§ 1323—1347, 1350, 1351) „finden Anwendung, wie wenn das Urtheil nicht ergangen wäre“, § 1586 Satz 2.

Die Bestimmung kommt nach einer Richtung hin ohne Frage einem Bedürfniß entgegen. Ein „Ehegatte“, der eine nichtige oder anfechtbare Ehe geschlossen hat, kann, wenn er aus Gewissensbedenken nicht zu dem Mittel der Umwandlungsklage greifen will, die Möglichkeit der weiteren Verheirathung bei Lebzeiten des anderen „Ehegatten“ nur dadurch erreichen, daß er die Nichtigkeitserklärung seiner „Ehe“, d. h. des Restbandes der Ehe, welches ihn an der Schließung einer neuen Ehe

---

96) Dieser Terminus findet sich auch sonst mehrfach: B.G.B. § 1313 Abs. 1, § 1348 Abs. 1, § 1349, § 1669, § 1697, St.G.B. § 171; „eine neue Ehe schließen“ St.G.B. § 338. Vgl. unten Note 166. — „Neu“ erscheint die Ehe neben der (noch oder nicht mehr bestehenden) früheren Ehe.

97) Vgl. St.G.B. § 171 Abs. 1 a. E., § 338.

98) Auch nicht mit dem früheren Ehegatten einer anderen Ehe, z. B. dem zurückgekehrten, für tot erklärten ersten Ehegatten (hier hilft die Anfechtung aus § 1350).

99) Vgl. unten III S. 382 ff.

hindert, herbeiführt. In Folge der Nichtigkeitserklärung tritt aber nicht nur die Zulässigkeit der Wiederverheirathung ein, vielmehr greifen alle Nichtigkeitswirkungen Platz, was zu theilweise auffallenden Folgesätzen führt. —

3. Die Geltendmachung der Nichtigkeit der Ehe wird durch den Ausnahmesatz des § 1586 erschwert. So lange beide „Gatten“ leben und es nicht etwa zur Scheidung (§ 1576 Abs. 1) oder zur Wiederverheirathung nach Todeserklärung des einen „Gatten“ gekommen ist, gilt die Ehe, trotzdem sie im Uebrigen in Folge des Aufhebungsurtheils aufgelöst worden ist, hier nicht als aufgelöst; vielmehr kann die Nichtigkeit aus den in §§ 1324 bis 1328 [100] aufgezählten Gründen von den „Gatten“ wie von Dritten (vgl. C.P.O. § 632 Abs. 1) nur im Wege der Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden, § 1329 Satz 1. Nur wenn die „Ehe“ für nichtig erklärt oder auf andere Weise als durch Aufhebungsurtheil aufgelöst [101] ist, kann die Nichtigkeit ohne Weiteres geltend gemacht werden.

4. Die nichtige „Ehe“ ist, auch nach der Aufhebung der e. G. durch rechtskräftiges Urtheil, im Falle des § 1325 (Geschäftsunfähigkeit u. s. w. zur Zeit der Eheschließung) der formlosen Bestätigung fähig (§ 1586 Satz 2). Zwar hat die Bestätigung die vielleicht manchem „Gatten“ nicht sehr erwünschte Nebenfolge, auch den Bestätigenden an dem einen Bande des § 1586 Satz 1 a. E. festzuhalten; sie hat aber die Kraft, mit Rückwirkung die Ehe zu einer von Anfang an gültigen zu machen, was für die Rechts-, insbesondere auch Vermögensverhältnisse der „Gatten“, sowie für die Rechtsstellung der Kinder von Bedeutung ist.

5. Eine wegen des Ehehindernisses des Ehebruchs nach § 1312 verbotene, nach § 1328 Abs. 1 nichtige „Ehe“ kann trotz des Aufhebungsurtheils durch „nachträgliche“ Befreiung von dem Hindernisse konvaleszieren, § 1328 Abs. 2. [102]

6. Abgesehen von der Erschwerung der Geltendmachung der Nichtigkeit (Ziff. 3) und von der Möglichkeit der Bestätigung bezw. Konvaleszenz in zwei Nichtigkeitsfällen (Ziff. 4, 5) bedingt es für das Nichtigkeitsrecht keinen Unterschied, ob bei nichtiger Ehe Scheidung oder bloße Aufhebung der e. G. eingetreten ist. Insbesondere bleiben die Nichtigkeits-

---

100) Warum Planck-Unzner N. 3b zu § 1586 den § 1328 nicht nennen, ist unerfindlich (Druckfehler ?).

101) Z. B. durch Umwandlungsklage, die jedem ‚Gatten‘ neben der Nichtigkeitsklage zusteht.

102) Dieser Punkt ist, wie mancher andere, in der bisherigen Literatur, soweit mir bekannt, übersehen.

wirkungen von der Differenz beider Thatbestände beinahe unberührt.[103] Insbesondere ergiebt sich beidemal bei Anwendung des Gesetzes, wie es geschrieben steht, ein hartes Ergebniß in Fällen wie dem folgenden. In einer nichtigen Ehe, deren Nichtigkeit der Mann bei der Eheschließung gekannt hat, macht sich die Frau des Ehebruchs schuldig. Auf Klage des Mannes wird die Ehe geschieden oder die e. G. aufgehoben. Beidemal (vgl. § 1586 Satz 1 Halbsatz 1) hat nach Scheidungsrecht die Frau gegen den Mann keinen Unterhaltsanspruch, § 1578 Abs. 1, wohl aber der zur Selbstalimentation unfähige Mann gegen die Frau, § 1578 Abs. 2. Doch kann die, in Beziehung auf die Nichtigkeit gutgläubige, Frau[104] gemäß § 1345 verlangen, daß sie, die Ehebrecherin,[105] nunmehr als unschuldige Geschiedene, der bösgläubige Mann als der allein für schuldig Erklärte behandelt werde, und sie erhält in diesem Falle u. A. den Unterhaltsanspruch aus § 1578 Abs. 1! Denkt sich das Gesetz das Verschulden des bösgläubigen Gatten stets schwerer als das einen Scheidungsgrund abgebende Verschulden?[106] Oder soll man den § 1345 einschränkend auslegen, indem man Dolus gegen Dolus kompensirt?

7. Auch für das Anfechtungsrecht, im Sinne des § 1338, gilt die „Ehe“, trotz des Aufhebungsurtheils, nicht als aufgelöst, § 1586 Satz 2. Die Anfechtung aus den in den §§ 1331 bis 1335, 1350 aufgezählten Gründen[107] bleibt, trotzdem die Aufhebung der e. G. im Uebrigen der Scheidung gleichsteht, möglich.[108] Sie hat zu erfolgen durch Anfechtungsklage, § 1341 Abs. 1, oder, wenn der passiv-

---

103) Nur daß, wenn nach § 1345 Behandlung nach Scheidungsrecht verlangt wird, die Scheidungswirkungen bei Aufhebung der e. G. erst mit der Nichtigkeitserklärung (arg. § 1586 Satz 2: die „Auflösung“ der Ehe ist hier mit dem Aufhebungsurtheil nicht verbunden), dagegen im Falle der Scheidung schon mit dieser eintreten sollen.

104) Im Falle der Scheidung ohne Weiteres, im Falle der Aufhebung nach der Nichtigkeitserklärung; vgl. N. 103.

105) Freilich stellt sich heraus, daß der Umgang mit dem Dritten objektiv kein Ehebruch war, da die Ehe nicht bestanden hat; das subjektive Verschulden wird damit nicht gemindert.

106) Die Materialien zu § 1345 ergeben nichts.

107) Bei Planck-Unzner N. 3b zu § 1586 scheint wiederum (vgl. N. 100) ein Versehen oder Druckfehler vorzuliegen, wenn sie nur die Anfechtungsgründe der §§ 1331—1334 gelten lassen wollen.

108) Im Falle der Scheidung ist die Anfechtung gemäß § 1338 ausgeschlossen.

betheiligte „Ehegatte“ gestorben ist (§ 1338 a. E.),[109] durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht, § 1342 Abs. 1.[110]

8. Eine anfechtbare „Ehe“ kann auch nach Aufhebung der e. G. gemäß § 1337, § 1341 Abs. 2 Satz 2, § 1350 Abs. 2 genehmigt bezw. bestätigt werden.

9. Je nachdem hinsichtlich der anfechtbaren Ehe Scheidung[111] oder Aufhebung der e. G. erfolgt, ergeben sich — bei mechanischer Gesetzesanwendung — die einschneidendsten praktischen Unterschiede in den Rechtswirkungen,[112] die von den Urhebern der Ausnahmebestimmung (§ 1586 Satz 2) kaum vorausgesehen und kaum gewollt sind.[113]

Wird z. B. die anfechtbare Ehe wegen Verschuldens der Frau geschieden, so ist die Frau ohne Unterhaltsanspruch, § 1578 Abs. 1, und sie bleibt es, da gemäß § 1338 die Anfechtung nach Auflösung der Ehe durch Scheidung ausgeschlossen ist.[114] Der bösgläubige (§ 1343 Abs. 1, § 142 Abs. 2) Ehemann ist gegen § 1345 gedeckt und kann sich ins Fäustchen lachen.[115] — Wird aber im gedachten Falle die e. G. aufgehoben, so ist die Frau zwar nach Scheidungsrecht zunächst ohne Unterhaltsanspruch, § 1578 Abs. 1; sie kann aber die Ehe anfechten (§ 1586 Satz 2) und dann die Rechte des Putativgatten aus § 1345, z. B. den Unterhaltsanspruch, gegen den bösgläubigen Ehemann trotz ihrer eigenen Verletzung der Ehepflichten geltend machen![116] Auch hier (vgl. oben Ziff. 6 a. E., S. 377) ist es sehr zweifelhaft, ob der belangte

---

109) Nach § 1350 ist solchenfalls die Anfechtung ausgeschlossen.

110) Ueber die Geltendmachung der Nichtigkeit einer im Wege der Klage angefochtenen Ehe vgl. § 1343 Abs. 2.

111) Auch Scheidung auf Grund des Umwandlungsantrages.

112) Im Gegensatze zum Nichtigkeitsrecht, oben Ziff. 6 S. 376 fg.

113) Seine Entstehung verdankt der Satz der R.T.-Kommission, bezw. der Redaktions-Kommission derselben; Gründe werden nicht angegeben, Komm.-Bericht S. 89 fg.

114) Dem Manne steht der Unterhaltsanspruch des § 1578 Abs. 2 zu.

115) Ob die Gründe der Motive (Bd. 4 S. 90 zu § 1262 Entw. I) gegen die Zulassung der Anfechtung Vielen einleuchten werden?

116) Aehnliche Unterschiede ergeben sich im Falle der Wiederverheirathung z. B. der Frau nach Todeserklärung, jenachdem die zweite Ehe durch Scheidung oder Aufhebung z. B. wegen Verschuldens des Mannes gelöst ist. Bei Scheidung ist nach § 1338 die Anfechtung der zweiten Ehe aus § 1350 ausgeschlossen (vgl. Planck-Unzner N. 2a Abs. 3 zu § 1350); durch Wiederverheirathung mit dem ersten Ehemanne verliert die Frau ihren Unterhaltsanspruch (§ 1581 Abs. 1); ihrem zweiten Mann steht gegen sie keinerlei Unterhaltsanspruch zu. — Bei Aufhebung der e. G. muß der zweite Mann die Frau zunächst nach § 1578 alimentiren: ficht die Frau

Ehemann aus dem subjektiven Verschulden, z. B. dem Ehebruchsversuch (Note 105), der Frau einen Einwand herleiten kann.

Ein anderes Beispiel.[117] Die Frau hat dem Manne 100 000 in 4 prozentigen Werthpapieren eingebracht (§ 1363 Abs. 1). Die e. G. wird aufgehoben, etwa weil die Frau den Mann böslich verlassen hat. Nach Beendigung der Verwaltung und Nutznießung am Tage der Rechtskraft des Aufhebungsurtheils (vgl. oben A. Ziff. 4, S. 363), 6 Jahre nach der Eheschließung, hat der Mann das eingebrachte Gut, d. h. etwa die noch in Natur vorhandenen Werthpapiere, der Frau herausgegeben (§ 1421 Satz 1). Nun wird gegen den Mann, welchem die Anfechtbarkeit der Ehe bei der Eheschließung bekannt war, von der gutgläubigen Frau die Anfechtungsklage erhoben; die „Ehe" wird rechtskräftig für nichtig erklärt. Die Frau verlangt, daß das Verhältniß der Gatten in vermögensrechtlicher Beziehung nach Nichtigkeitsrecht (nicht nach Scheidungsrecht, § 1345) behandelt werde. Kann die Frau danach Herausgabe der Zinsen, die der Mann gezogen hat, $6 \times 4000 = 24000$ beanspruchen? Die Frage ist zu bejahen.[118] — Wäre dagegen geschieden worden, so könnte die Frau die Ehe nicht anfechten (§ 1338)

aus § 1350 die zweite Ehe an, so kann der schuldige zweite Mann, guten Glauben (§ 1351 a. E.) vorausgesetzt, nach § 1351 in Verbdg. mit § 1578 Abs. 2 von der Frau Unterhalt verlangen.

117) Das Thema ist der größten Variation fähig. Man denke z. B. an Schenkungen der Ehegatten, die nach § 1584 widerrufen werden.

118) Der Mann hat, ohne zur Nutznießung (§§ 1383 ff.) berechtigt zu sein, auf die Zinsscheine die 24000 erhoben, ist also um diese Summe ungerechtfertigt bereichert (§ 812 Abs. 1). Er kennt den Mangel des rechtlichen Grundes bei dem Empfang (§ 819 Abs. 1); denn da er die Anfechtbarkeit der Ehe kannte, so wird er, wenn die Anfechtung erfolgt, so behandelt, wie wenn er die Nichtigkeit der Ehe, folglich auch den Mangel des Nutznießungsrechts, gekannt hätte (§ 142 Abs. 2). Die Herausgabepflicht umfaßt die vollen 24000 (ohne die Milderung des § 818 Abs. 3) und sie beschränkt sich nicht auf diese Summe: einerlei ob der Mann Nutzungen aus ihr gezogen hat (vgl. übrigens § 818 Abs. 1), muß er kraft der Fiktion der Rechtshängigkeit (§ 819 Abs. 1) seine Geldschuld (jeweils vom Empfange der Einzelbeträge an) zu 4% verzinsen (§ 291 Satz 1); das Verbot des Anatozismus (§ 291 Satz 2, § 289 Satz 1) findet nicht Anwendung, da die vom Manne geschuldete Summe sich als Kapital, nicht als Zins darstellt — Abziehen kann der Mann nur die Steuern, die nothwendigen Kosten der Gewinnung der Zinsen u. dgl., dagegen nicht die von der Frau ersparten Kosten ihrer Selbstalimentation. An sich hat der Mann allerdings der Frau indebite Unterhalt gewährt (§ 1360 Abs. 1) und sie ist dadurch im angegebenen Umfange (§ 818 Abs. 3) bereichert; trotzdem kann der Mann das zum Zwecke der Erfüllung Geleistete nicht zurückfordern, da er gewußt hat (§ 142 Abs. 2, vgl. oben), daß er zu der Leistung nicht verpflichtet war (§ 814).

und ein Anspruch auf die 24 000 oder einen Theil dieser Summe dürfte sich nicht begründen lassen.[119]

Angesichts dieser gewichtigen Unterschiede in der vermögensrechtlichen[120] Behandlung der anfechtbaren Ehe im Falle der Scheidung einerseits, im Falle der Aufhebung der e. G. andererseits, drängen sich Zweifel auf, ob diese verschiedene Behandlung dem wahren Willen des Gesetzes[121] entspreche. Ein innerer Grund für sie läßt sich nicht entdecken; aus dem Vorhandensein des Restbandes der Ehe, dessen Zerstörung das erste, wenn nicht das einzige Ziel der Anfechtung ist, ist sie nicht zu begreifen. Der Satz des § 1343 Abs. 1 (vgl. § 142 Abs. 1), daß die angefochtene Ehe als von Anfang an nichtig anzusehen ist, läßt sich zur Noth auf das angefochtene Restband der Ehe einschränken: es ist anzusehen, als ob von Anfang an kein impedimentum ligaminis bestanden hätte. Die tumultuarische Entstehung unserer Bestimmung (§ 1586 Schlußsatz) ermuthigt zu freierem Vorgehen. Man überschreitet m. E. die erlaubten Grenzen der Auslegung nicht, wenn man § 1586 Satz 2 restriktiv interpretirt, nur die Anfechtung des Restbandes zuläßt und, in Durchführung des Grundgedankens des § 1338, der Anfechtung der „Ehe" nach Aufhebung der e. G. den Einfluß auf die im Augenblick der Aufhebung festgelegten Beziehungen der oben (bei N. 120) gedachten Art versagt.

III.

Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft.

Ueber den Zusammenhang von Aufhebung und Wiederherstellung der e. G. im Allgemeinen ist oben S. 352, 358, 374 gehandelt. Die Erfassung des Instituts der Wiederherstellung der e. G. in seinen Einzelheiten, nach der Seite der Voraussetzungen wie der Wirkungen, hat mit nicht unerheblichen Schwierigkeiten zu kämpfen.[122] Das Gesetzbuch[123] regelt den Gegenstand unmittelbar nur durch die lakonische Satzung des § 1587:

---

119) Der Mann hat kraft Nutznießungsrechts die Zinsen bezogen; die Ausübung dieses Rechts war nicht chikanös (§ 226), sie konnte sehr wohl andere Zwecke haben als den der Schadenszufügung; also kein Anspruch aus § 826.

120) Die Differenzen beschränken sich übrigens keineswegs auf das Vermögensrecht; man denke an die Frage der Ehelichkeit der Kinder.

121) Ueber den der sog. Gesetzgeber vgl. oben N. 114.

122) Die bisherige Literatur hat das Thema noch kaum in Angriff genommen.

123) Ueber das französische Recht vgl. Zachariä-Crome Bd. 3 S. 163 fg.

„Wird die eheliche Gemeinschaft nach der Aufhebung wiederhergestellt, so fallen die mit der Aufhebung verbundenen Wirkungen weg und tritt Gütertrennung ein."

Die Wiederherstellung der e. G. ist ein thatsächlicher Vorgang,[124] aber nicht bloß ein thatsächlicher Vorgang, sondern, wie wir meinen, ein Rechtsgeschäft, und zwar ein Vertrag.[124a] Dieser Vertrag kommt nicht zu Stande durch zusammenstimmende Willenserklärungen, sondern nur durch zweiseitige Willensbethätigung. Die Wiederherstellung der e. G. ist sogenanntes Naturalgeschäft.[125] Die Konsequenzen sind weittragende.

1. Die e. G. kann durch alle diejenigen Naturalakte wiederhergestellt werden, in denen sich die eheliche Lebensgemeinschaft (§ 1353 Abs. 1), das Miteinanderleben als Ehegatten (§ 1324 Abs. 2) verwirklicht. Als Willensbethätigungen kommen in Betracht die Geschlechtsgemeinschaft, die „häusliche Gemeinschaft" (§ 1567 Abs. 2, § 1571 Abs. 2) u. s. f.[125a] Eine theoretische Kasuistik kann hier nicht viel Förderliches ausrichten; ob Wiederherstellung vorliegt, ist zum Theil Thatfrage.[126] Die kürzestdauernde Herstellung der Gemeinschaft genügt. — Die bereits vollzogene Wiederherstellung ist auf Antrag im Heirathsregister am Rande der über die Eheschließung bewirkten Eintragung zu vermerken[127]; der Randvermerk ist nicht Naturalakt, er setzt diesen — und seinen Beweis dem Standesbeamten gegenüber — voraus. Ebensowenig muß[128] der Randvermerk zu dem Naturalakte hinzukommen, um ihn wirksam zu machen.[129]

---

124) Darauf beschränkt sich die positive Charakterisirung der Wiederherstellungs-Voraussetzungen z. B. bei Endemann Bd. 2 § 168 S. 693, Lehmann a. a. O. S. 350, 351.

124a) Die 'Gatten' müssen die eheliche G. wiederherstellen und wiederherstellen wollen. Dieser ihr Wille ist kausal für den rechtlichen Erfolg; er tritt nicht unmittelbar kraft Gesetzes ein (wie man dies etwa bei der Wohnsitzbegründung annimmt).

125) Im Sinne von Bekker, Pandekten Bd. 2 (1889) § 95 S. 92 fg.

125a) Eine bestimmte Art der Willensverwirklichung ist nicht vorgeschrieben; insofern ist es richtig, wenn allgemein gelehrt wird, die Wiederherstellung bedürfe keiner Form, Planck-Unzner N. 1 zu § 1587, Engelmann N. 1 zu § 1587, Endemann Bd. 2 § 168 N. 13 Abs. 2, N. 17.

126) Im Streitfall ist die Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der Ehe zwischen den Parteien (C.P.O. § 606) gegeben.

127) Personenstandsgesetz § 55, E.G. zum B.G.B. Art. 46 II.

128) Die Stellung des Antrags ist den Eheleuten nicht zur Pflicht gemacht; auf den Antrag hin muß der Standesbeamte den Randvermerk eintragen. Also ist die Vorschrift in keinem Sinne Ordnungsvorschrift, wie Endemann Bd. 2 § 168 N. 17 meint.

129) Nach Sächs. B.G.B. § 1768 fielen die rechtlichen Wirkungen der Trennung

2. Der Naturalakt ist erforderlich, aber er genügt nicht. Er wird nicht immer konkludent sein für den Willen der Wiederherstellung der e. G.[130] Die Wiederherstellung muß Willensbethätigung sein, der Naturalakt muß einen Vertrag der „Ehegatten" in sich tragen und verwirklichen.[130a]

3. Umgekehrt ist der bloße Vertrag ohne Willensbethätigung jedenfalls nicht Wiederherstellung der e. G.

Welche rechtliche Bedeutung es aber hat, wenn die „Ehegatten" ohne Wiederaufnahme der Gemeinschaft einen bloßen Wiederherstellungsvertrag eingehen, zumal wenn dies in der Form der Eheschließung (§ 1317) geschieht, bedarf der Untersuchung.

Möglicherweise ist der Vertrag präparatorisch gedacht und dann unter Umständen als Quasiverlobung aufzufassen; vgl. unten Ziff. 5.

Oder wollen die „Ehegatten" die Eheschließung wiederholen, um Zweifeln an der Gültigkeit der Eheschließung zu begegnen, ohne für die Zukunft am Zustande der aufgehobenen e. G. etwas ändern zu wollen; diese Alternative scheidet hier aus, vgl. unten Ziff. 4.

Oder endlich: die „Ehegatten" wollen sich weder zu künftiger Aufnahme der e. G. verpflichten, noch (gar nicht vorhandene) Zweifel an der Gültigkeit der Eheschließung beseitigen, sondern die vollen Wirkungen der Ehe herbeiführen, ohne die Ehe natural wiederhergestellt zu haben.

Eine formlose Uebereinkunft dieser letzteren Art ist zweifellos ohne rechtliche Bedeutung.[131] Wie aber, wenn die Vereinbarung die Gestalt einer Eheschließung annimmt, also der Wille, die Ehe miteinander eingehen (bezw. die e. G. wiederherstellen) zu wollen, vor einem aktiv mitwirkenden Standesbeamten von den „Ehegatten" persönlich und bei gleichzeitiger Anwesenheit erklärt wird?

---

weg, wenn diese von der zuständigen Behörde aufgehoben wird. Nach dem Ungarischen Ehegesetz (Ges.-Art. XXXI von 1894, §§ 104—106, Scherer a. a. O. Bd. 2 S. 593 N. 61) hören die Rechtsfolgen der Trennung auf mit der einverständlichen gerichtlichen Anzeige der Wiederherstellung des ehelichen Lebens. Vgl. ferner Bericht der R.T.-Kommission S. 89, wonach ein Antrag Anzeige der Wiederaufnahme des ehelichen Lebens an den Standesbeamten verlangen wollte.

130) Insbesondere ist bei Beurtheilung der Beiwohnung große Vorsicht geboten, vgl. Zachariä-Crome Bd. 3 S. 105 N. 3, S. 164.

130a) Wie Anfangs- und Endtermin, aufschiebende und auflösende Bedingung bei der Wiederherstellung behandelt werden sollen, ist zweifelhaft. Man wird § 1317 Abs. 2, § 1324 analog anzuwenden haben; danach ist die betagte und bedingte Wiederherstellung nichtig (nichtig im Sinne des Eherechts, vgl. unten Ziff. 7).

131) Auch bloße Verzeihung des Grundes, der zur Aufhebung der e. G. geführt hat, genügt natürlich nicht zur Beseitigung der Folgen, welche sich an die Aufhebung der e. G. knüpfen. Vgl. oben S. 355.

In § 1586 wird bestimmt, daß im Falle der Aufhebung der e. G. die Eingehung einer neuen Ehe ausgeschlossen ist. Damit ist selbstverständlich nicht etwa die Eingehung der früheren Ehe zugelassen; denn Unmögliches zu ermöglichen ist nicht die Absicht des Gesetzes, und ein argumentum a contrario in dieser Richtung ist völlig unangebracht. Die Eingehung einer neuen Ehe (mit den Wirkungen einer solchen, unten IV a Anf.) ist ausgeschlossen nicht nur zwischen einem der „Gatten" und einem Dritten (oben S. 375), sondern auch zwischen den „Gatten" selbst; so wenig Ehegtten vor der Aufhebung der e. G. die Eheschließung ohne Weiteres mit Rechtswirkung wiederholen können, so wenig ist dies nach der Aufhebung möglich. Vielmehr ist der einzige Weg, welchen das Gesetz (§ 1587) zwecks Beseitigung der Aufhebungswirkungen[132] eröffnet, eben der Weg der Wiederherstellung der e. G.; die bloße Willenseinigung, mag sie auch den Formvorschriften des § 1317 genügen, ist nicht im Stande, das eine Band, welches § 1586 übrig läßt, zum vollen Ehebande umzugestalten. Die Folge ist, daß der Eheschließung als solcher jede Rechtswirkung, auch die des matrimonium nullum, abgesprochen werden muß.[133] Der Standesbeamte hat also die Vornahme des zwecklosen Aktes abzulehnen.[134] [135]

4. Selbständiger Erwägung bedarf die Frage nach der Zulässigkeit der wiederholten Eheschließung.

In einer Ehe, für welche die e. G. aufgehoben ist, haben die „Gatten" Zweifel an der Gültigkeit der einstigen Eheschließung[136] oder sie erfahren deren Nichtigkeit.[137] Können sie nun ohne vorgängige Nichtigkeitserklärung[138] ihrer „Ehe" die Eheschließung wiederholen (§ 1309 Abs. 1 Satz 2), ev. mit welchen Wirkungen? Man wird zu unterscheiden haben:

---

132) Die Beseitigung dieser Wirkungen deckt sich nicht mit dem Eintreten der Wirkungen einer Eheschließung, vgl. unten Abschnitt IV.

133) Das ist keine ganz vereinzelte Erscheinung im Eherechte: wiederholen Ehegatten, die in gültiger Ehe leben, die Eheschließung, so hat das zweite Rechtsgeschäft keine Wirkung.

134) Vgl. auch unten Ziff. 6 N. 145. Die Wiederverheirathung Geschiedener giebt ein in allen Punkten abweichendes Bild.

135) Von dem strafrechtlichen Thatbestande der Bigamie (St.G.B. § 171) wird, wenn getrennte Ehegatten die Eheschließung vornehmen, keine Rede sein können, da dieser Thatbestand Eingehung der neuen Ehe durch den binubus mit einem Dritten verlangt. Aus analogem Grund entfällt das Delikt des § 338 St.G.B.

136) z. B. in Beziehung auf die Wahrung der Form.

137) z. B. daß der Ehegatte, mit dem einer der 'Gatten' in erster Ehe verheirathet war, zur Zeit der Schließung der jetzigen Ehe noch lebte.

138) Ist diese erfolgt, so ist die neue Eheschließung unbedingt möglich; sie hat die normalen Folgen der Eheschließung.

a) Die Ehe ist nichtig (und nicht durch Bestätigung heilbar[139]). Dann hat die wiederholte (gültige) Eheschließung ex nunc die vollen Wirkungen der Eheschließung, nicht bloß die Wirkungen der Wiederherstellung der e. G.[140] Nichts kommt darauf an, ob die e. G. wiederhergestellt ist bezw. wird oder nicht, ob die Nupturienten die Wiederherstellung beabsichtigen oder nicht. Die Wiederholung der Eheschließung schießt über den subjektiven Zweck der „Ehegatten" unter Umständen hinaus, nemlich wenn diese die „Ehe" zu einer gültigen machen wollen, ohne die Folgen der Aufhebung der e. G. zu beseitigen. Der Standesbeamte darf die Wiederholung der Eheschließung nicht ablehnen. Die vorgängige Nichtigkeitserklärung ist nicht erforderlich.

b) Die Ehe ist trotz der Zweifel in Wahrheit gültig. Dann kommt der wiederholten Eheschließung, mag sie während der Dauer der Aufhebung oder nach der Wiederherstellung der e. G. erfolgen, keinerlei rechtliche Bedeutung sei es für die Zukunft, sei es für die Vergangenheit, zu (vgl. oben Ziff. 3). Wenn die e. G. nicht wiederhergestellt wird, so besteht die Aufhebung mit allen ihren Wirkungen fort. Die etwaige Wiederherstellung der e. G. erzeugt die ihr eigenthümlichen Wirkungen (unten IV). Die Wiederholung der Eheschließung ist zwecklos. Trotzdem ist sie vom Standesbeamten ohne vorgängige Nichtigkeitserklärung vorzunehmen, falls wirklich Zweifel an der Gültigkeit der Eheschließung obwalten. Die Gefahr der Wirkungslosigkeit muß in den Kauf genommen werden (vgl. das unter a Gesagte).

5. Dem Eheschließungsvertrag kann ein Eheschließungs-Vorvertrag, die Verlobung, vorangehen. Dem Naturalvertrage, als welcher sich die Wiederherstellung der e. G. darstellt, muß analog ein Wiederherstellungs-Vorvertrag, ein Quasi-Verlöbniß, vorangehen können. Es besteht in der That ein Bedürfniß, die Sätze des Verlöbnißrechts, die geschrieben (§§ 1297 bis 1302) und ungeschrieben (darüber an anderem Orte) bestehen, auf das Quasi-Verlöbniß der noch durch ein Restband verbundenen Ehegatten zu übertragen. Wenn z. B. Mann und Frau

---

139) Im Falle der durch Bestätigung heilbaren Nichtigkeit (§ 1325 Abs. 2) liegt schon in der Erklärung des Willens, die Eheschließung zu wiederholen, die Bestätigung (oben II B Ziff. 4), also sind etwaige Zweifel weggefallen, das Restband der Ehe (nur dieses) ist gültig geworden; es fehlt demnach (oben III Ziff. 3) an der nothwendigen Voraussetzung der wiederholten Eheschließung. Aehnlich liegen die Fälle der Anfechtbarkeit (§ 1337).

140) Die Wiederherstellung einer nichtigen oder anfechtbaren Ehe heilt als solche den Mangel nicht; vgl. unten IV Ziff. 4.

vereinbaren, daß am nächsten 4. April die e. G. wiederhergestellt werden soll, dann die Frau ihre gutbezahlte Stellung kündigt und nun der Mann sich grundlos weigert, die Vereinbarung zu erfüllen, so hat er der Frau, die nicht alsbald wieder eine gleich einträgliche Arbeitsgelegenheit finden kann, den Schaden zu ersetzen (vgl. § 1298 Abs. 1 Satz 2).

6. Die Wiederherstellung der e. G. steht in gewisser Beziehung (vgl. unten IV S. 393) der Eheschließung gleich. Es liegt demgemäß nahe, zu erörtern, ob etwaigen Ehehindernissen, die zur Zeit der Wiederherstellung bestehen, ein Einfluß auf letzteres Rechtsgeschäft zukomme.

Waren bei der Eheschließung selbst keine trennenden Ehehindernisse vorhanden (vgl. unten IV S. 390 fg.), so können sie auch — abgesehen von der Geschäftsunfähigkeit und der beschränkten Geschäftsfähigkeit, vgl. Ziff. 7 — zur Zeit der Wiederherstellung nicht vorliegen. Denn die Entstehung eines solchen Ehehindernisses in der Zwischenzeit zwischen Aufhebung und Wiederherstellung der e. G. ist bei der Natur der fraglichen Hindernisse[141] ausgeschlossen.

Dagegen ist es sehr wohl möglich, daß sich in der Zwischenzeit aufschiebende Ehehindernisse einstellen. So kann das Hinderniß der sog. affinitas illegitima (§ 1310 Abs. 2) geschaffen sein, indem z. B. der Mann mit der Mutter der Frau Geschlechtsgemeinschaft gepflogen hat; oder das Hinderniß der Adoptivverwandtschaft (§ 1311), wenn der Mann die „Frau“ an Kindesstatt angenommen hat[142]; oder das Hinderniß der bestehenden nichtigen Ehe mit einem Dritten, wenn z. B. die durch einen gefälschten Totenschein über den Tod des Mannes getäuschte Frau sich wiederverheirathet hat[143]; oder das Hinderniß der ausstehenden Sicherstellung des Vermögens ehelicher Kinder (unten IV Ziff. 9); oder das Hinderniß der mangelnden elterlichen Einwilligung (bezw. des sie ersetzenden Gerichtsbeschlusses) zur Wiederaufnahme der e. G.[144]

---

141) Verwandtschaft, Schwägerschaft, ehebrecherische Beziehung, bestehende gültige Ehe mit einem Dritten.

142) Ein Ehemann kann seine Ehefrau nicht adoptiren; seine ehemalige Frau kann er adoptiren, und was nach der Scheidung gilt, gilt auch nach der Aufhebung der e. G.

143) Die Kriminalisten mögen erwägen, ob man eine Wiederherstellung der e. G. in solchem Falle als ‘Eingehung einer neuen Ehe’ ohne Verletzung des Verbots der Analogie bestrafen kann (§ 171 St.G.B.).

144) Vgl. noch § 1309 Abs. 2, § 1315?, § 1349. Das Hinderniß der Wartezeit fällt hier sicher weg (bei der Wiederverheirathung Geschiedener bestehen Zweifel). — Auch die Möglichkeit ist ins Auge zu fassen, daß bei der Eheschließung unbekannte oder unbeachtete aufschiebende Hindernisse jetzt noch fortbestehen, z. B. das der affinitas illegitima.

Stellen die „Ehegatten", ohne sich an diese Hindernisse zu kehren, die e. G. wieder her, so entfaltet die Wiederherstellung trotzdem die vollen Wirkungen. Zur Beachtung der aufschiebenden Ehehindernisse kann die „Ehegatten" niemand zwingen. Die Ehegatten, deren e. G. aufgehoben ist, sind also hier weit günstiger daran als die Geschiedenen, die sich wiederverheirathen wollen.[145]

7. Die Wiederherstellung der e. G. ist ein Rechtsgeschäft des persönlichen Eherechts, und zwar ein formloses Rechtsgeschäft; sie steht in ihren Wirkungen der Eheschließung sehr nahe. Rechtsgeschäfte erfordern zur vollen Gültigkeit Geschäftsfähigkeit und Abwesenheit von Willensmängeln. Welchen Einfluß Geschäftsunfähigkeit, beschränkte Geschäftsfähigkeit, Willensmängel auf den Bestand des Geschäftes haben, ist im B.G.B. nicht schlechthin einheitlich bestimmt. Den generellen Regeln des Allgemeinen Theils (§§ 104 ff., 116 ff., 139 ff.) stehen Modifikationen dieser Regeln in einer Reihe von Spezialnormen gegenüber, so hinsichtlich des formellen Rechtsgeschäftes der Eheschließung (§§ 1323 ff.). Soweit nun für formlose Familienrechtsgeschäfte spezielle Bestimmungen über die Nichtigkeit, Anfechtbarkeit u. s. f. fehlen, ist es zunächst eine offene Frage, ob die allgemeinen Regeln Anwendung zu finden haben, oder ob analoge Uebertragung der Spezialregeln des nächstverwandten Instituts geboten ist.[146]

Hinsichtlich der Wiederherstellung der e. G. hat man sich m. E. für die zweite Alternative zu entscheiden. Die Normen über die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Eheschließung sind, soweit dies überhaupt angängig ist,[147] mit der nöthigen Vorsicht auf die Wiederherstellung der e. G. zu übertragen.

War einer der „Ehegatten" zur Zeit der Wiederherstellung ge-

145) Wollte man die Eheschließung (§ 1317) zwecks Wiederherstellung der e. G. zulassen (dagegen oben Ziff. 3 S. 382 fg.), so könnte es kommen, daß nach Ablehnung der Vornahme des Aktes durch den Standesbeamten wegen eines impedimentum impediens die Eheleute sich ohne Weiteres wieder vereinigen. Die u. E. richtige Ansicht erspart zwar nicht dem Staate die Verhöhnung seiner Rechtssätze, was zu verhindern leider unmöglich ist, wohl aber dem Beamten die Verhöhnung seiner Autorität.

146) Eine der Schwierigkeit des Gegenstandes entsprechende gründliche Untersuchung kann hier nicht nebenbei geliefert werden. Die Tragweite des Problems geht weit über die hier behandelte Materie hinaus (vgl. z. B. Planck-Unzner N. 3 zu § 1325; auch die Theorie des Verlöbnisses hat die Frage erst noch zu lösen). Im Texte können nur Andeutungen gegeben werden.

147) § 1324 (Formwidrigkeit) ist natürlich unanwendbar; vgl. übrigens oben N. 130a.

schäftsunfähig oder befand er sich im Zustande der Bewußtlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistesthätigkeit (§ 1325 Abs. 1), so ist die Wiederherstellung nichtig, die Nichtigkeit kann aber bis auf Weiteres nur im Wege der Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden (§ 1329). Eine Bestätigung der nichtigen Wiederherstellung ist auch ohne erneute Realisirung der e. G. möglich (§ 1325 Abs. 2).

Ein „Ehegatte", der zur Zeit der Wiederherstellung in der Geschäftsfähigkeit beschränkt (minderjährig, wegen Geistesschwäche, Verschwendung, Trunksucht entmündigt, unter vorläufige Vormundschaft gestellt) war, kann, wenn die Wiederherstellung ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters erfolgt ist, die Wiederherstellung anfechten (§ 1331) gemäß §§ 1336 ff.

Irrthum[148] über wesentliche persönliche Eigenschaften des anderen Ehegatten (§ 1333) macht die Wiederherstellung anfechtbar, ebenso Täuschung in den Grenzen des § 1334, so daß insbesondere Täuschung über Vermögensverhältnisse nicht genügt, endlich Drohung gemäß § 1335.

Liegt bei der „Wiederherstellung" der e. G. Irrthum in der Person des anderen Kontrahenten (§ 1333) vor, so fehlt es entweder[149] an der nothwendigen objektiven Voraussetzung der Wiederherstellung, die sich nur zwischen den Gatten der getrennten Ehe vollziehen kann, oder fehlt subjektiv der Wille der Wiederherstellung.[150] Ersterenfalls ist die Wiederherstellung ipso iure nichtig, letzterenfalls dürfte sie[151] anfechtbar sein (arg. § 1332?).

Durch Mentalreservation, die dem anderen Gatten unbekannt ist, wird die gültige Wiederherstellung nicht gehindert. Aber auch Wiederherstellung mit Mentalreservation, die vom anderen Gatten durchschaut wird (§ 116 Satz 2), sowie Scheinwiederherstellung (§ 117) und Scherzwiederherstellung, die in der Erwartung vorgenommen wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden (§ 118), sind gültig, falls nur das dem Wort oder Zeichen bei der Eheschließung entsprechende Faktum der Wiederherstellung völlig konkludent bethätigt ist, z. B. durch häusliche Gemeinschaft und Führung des Mannesnamens seitens der Frau.

---

148) Die Irrungen, von denen § 1332 spricht, sind bei der Wiederherstellung der e. G. so gut wie ausgeschlossen. Irren im Wort durch Versprechen ist möglich, Irren im Faktum der Wiederherstellung nicht; Verkennen des Eheschließungsvorgangs durch einen Fremdsprachigen ist möglich, Verkennen des Wiederherstellungsvorgangs auch durch den Naivsten kaum.

149) Wenn der Gatte den X. für den anderen Gatten hält.

150) Wenn der Gatte den Gatten für den X. hält.

151) Wenn es überhaupt zum ehelichen Leben gekommen ist.

Soweit die Wiederherstellung nichtig oder anfechtbar und angefochten ist, konstatirt bezw. schafft die Nichtigkeitserklärung u. s. w. nicht etwa die Nichtigkeit der Ehe, sondern nur die der Wiederherstellung (und ihrer Folgen).[152] Die Folgen der Aufhebung der e. G. bestehen fort, wie wenn es zu der nichtigen oder angefochtenen Wiederherstellung nicht gekommen wäre; auch die actio iudicati des § 1576 Abs. 1 steht trotz der Wiederherstellung beiden Gatten zu.

8. Außer dem (gültigen) Wiederherstellungsvertrag und dessen Abschluß gerade zwischen den „Gatten" der getrennten Ehe haben die in § 1587 normirten Wirkungen noch weiter zur Voraussetzung, daß die Wiederherstellung nach der Aufhebung erfolgt.

Wird die e. G. vor der Rechtskraft des Aufhebungsurtheils (gültig) wiederhergestellt, so entbehrt dieses Urtheil aller Wirkungen[153]; für die Wiederherstellung der e. G. ist deshalb kein Raum.

Ist das Aufhebungsurtheil in das Scheidungsurtheil umgewandelt, so können die gewesenen Ehegatten nach Zerstörung des Restbandes nicht mehr durch Wiederherstellung der e. G., sondern nur durch neue Eheschließung, wenn sie unverheirathet sind, wieder Gatten werden.

Ebenso steht es, wenn das Restband durch Wiederverheirathung nach Todeserklärung vollends vernichtet ist (§ 1348 Abs. 2). Wenn aber der für tot erklärte „Ehegatte"[154] noch lebt und die neue Ehe von einem der Gatten derselben angefochten wird, so ist das beseitigte Restband ex tunc wieder vorhanden (§ 1343 Abs. 1) und damit die Wiederherstellung der e. G. möglich.

Ist die Nichtigkeits- oder Restitutionsklage gegen das Aufhebungsurtheil erhoben, so ist die Wiederherstellung der e. G. möglich[155]; ist

---

152) z. B.: Die nach der Wiederherstellung der e. G. geborenen Kinder sind dann ev. Kinder einer Putativehe.

153) Vgl. oben S. 354 N. 15. Die Ehe besteht mit allen ihren Wirkungen fort, wie etwa bei der Bestätigung (§ 1325) vor der Rechtskraft des Urtheils auf Nichtigkeitserklärung oder Scheidung, vgl. Buhl, Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe nach dem B.G.B., in der Heidelberger Festgabe für Bekker (1899) S. 157 fg., dessen Ansicht (gegen Motive, Planck, Staudinger) ich für zutreffend halte.

154) § 1586 Satz 2 (Text s. oben S. 375) trifft den hier gedachten Fall nicht. Denn die (zweite) Ehe, die angefochten wird, kann dem vollen Bande nach zu Recht bestehen. Vielmehr wird man dem Restbande, das als impedimentum ligaminis wirkt, auch die Kraft zuschreiben müssen, die mit dem Ehehinderniß der Doppelehe aufs Engste zusammenhängende Anfechtung des § 1350 nach sich zu ziehen.

155) Auch nach der Wiederherstellung kann das Wiederaufnahmeverfahren weiter betrieben werden, um den Ehewirkungen für die Zeit zwischen Aufhebung und Wiederherstellung freie Bahn zu schaffen. Vgl. unten S. 389 Note 156.

sie bis zum rechtskräftigen Urtheil siegreich durchgeführt, so hat die Ehe nie aufgehört zu bestehen, also ist die Wiederherstellung gegenstandslos.

Wird die Nichtigkeits- oder Restitutionsklage erhoben gegen ein Urtheil, das nach dem Aufhebungsurtheil die „Ehe", d. h. das Restband, für nichtig erklärt hat (§ 1586 Satz 2), so ist bis zur Rechtskraft des reszissorischen Urtheils die Wiederherstellung ausgeschlossen.

IV.

Wirkungen der Wiederherstellung.

Mit der Wiederherstellung der e. G. nach der Aufhebung fallen die mit der Aufhebung verbundenen Wirkungen weg (§ 1587).

Damit ist nicht gesagt:

a) daß die Folgen der Aufhebung resolvirt werden; sie fallen nur ex nunc, für die Zukunft weg;[156]

b) nicht, daß die Wirkungen der Eheschließung eintreten. Die Wiederverheirathung Geschiedener hat, in gewissem, nicht unerheblichem Grade,[157] andere Wirkungen als die Wiedervereinigung Getrennter, wie alsbald zu zeigen ist.

1. Mit der Wiederherstellung besteht ex nunc die Ehe dem vollen Bande nach wieder, aber nicht als neue Ehe,[158] sondern so wie sie vor der Aufhebung der e. G., deren Wirkungen wegfallen, bestanden hat. Waren also die modifizirbaren Wirkungen der Ehe da-

156) Anders, wenn das Aufhebungsurtheil im Wiederaufnahmeverfahren beseitigt wird. Solchenfalls ist Alles ex tunc so zu halten, wie wenn die Aufhebung der e. G. nie eingetreten wäre. Also sind z. B. die inzwischen geborenen Kinder in der Ehe geboren (§§ 1591, 1593) und demgemäß bis auf Weiteres ehelich. Die einjährige Präklusivfrist für die Anfechtung der Ehelichkeit (§ 1594) kann erst beginnen, wenn der 'Mann', dem die Geburt des Kindes der getrennten 'Ehefrau' vielleicht längst bekannt ist (§ 1594 Abs. 2), erfährt, daß das Kind während der Ehe (§ 1593) geboren ist. Diese Einschränkung muß sich § 1594 Abs. 2 gefallen lassen; ähnlich wird es sich mit § 1598 Abs. 1 (Anerkennung des ehelichen Kindes; Gegensatz: § 1718) verhalten. — Die Nichtigkeits- und die Restitutionsklage müssen auch nach der Wiederherstellung der e. G. noch zugelassen werden (vgl. oben N. 155), da dem reszissorischen Urtheil rückwirkende Kraft innewohnt (wichtig z. B. für die Frage der ehelichen Abstammung, im Gegensatze zur Legitimation durch nachfolgende Wiederherstellung, worüber unten Ziff. 8).

157) Auch abgesehen vom ehelichen Güterrecht, § 1587 a. E., unten Ziff. 11.

158) Inwiefern die Wiederherstellung der e. G. der Eheschließung gleichsteht, wird unten Ziff. 7—10 zu erörtern sein.

mals modifizirt, so sind sie es bis auf Weiteres auch nach der Wiederherstellung (Ziff. 2); die nicht modifizirten und die unabänderlichen Wirkungen der Ehe gleichen sich vor der Aufhebung und nach der Wiederherstellung (Ziff. 3); hafteten der Eheschließung Mängel an oder standen ihr trennende Ehehindernisse entgegen oder konnte auf Scheidung geklagt werden, so ist nach wie vor die Ehe nichtig oder anfechtbar (Ziff. 4) oder scheidbar (Ziff. 5); Wirkungen, die nicht unmittelbar mit der Aufhebung verbunden waren, bleiben bestehen (Ziff. 6).

2. Hatte der Ehemann vor der Aufhebung der e. G. die Schlüsselgewalt der Frau beschränkt oder ausgeschlossen (§ 1357 Abs. 2), so steht nach der Wiederherstellung die Schlüsselgewalt der Ehefrau nur beschränkt oder gar nicht zu — während bei der Wiederverheirathung geschiedener Gatten es neuer Beschränkung, neuer Ausschließung bedürfte.

Hatte die Ehefrau vor der Aufhebung eine Staatsangehörigkeit „kraft Genehmigung des Ehemannes selbständig erworben oder abweichend vom Ehemanne kraft Ausschlußvorbehalts zurückbehalten,“ [159] so behält sie diese Staatsangehörigkeit bei.

3. Der Wegfall der Aufhebungswirkungen bedeutet den Wegfall der Auflösungswirkungen und der anderen, spezifischen Scheidungswirkungen. Die „Ehegatten“ sind wieder Ehegatten; diese sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet u. s. w. (§§ 1353—1362). Die Ehefrau theilt den Wohnsitz des Ehemannes, sie erhält die Schlüsselgewalt mit der in Ziff. 2 gedachten Maßgabe wieder. Die Frau bekommt, wenn sie ihren Familiennamen u. s. w. angenommen oder wiedererhalten hat, den Familiennamen des Mannes zurück (§§ 1577, 1355). Den Gatten steht statt des Unterhaltsanspruchs aus §§ 1578—1582 wieder der Anspruch aus §§ 1360, 1361 zu. Die Verpflichtung aus § 1585 (Beitrag zum Unterhalt gemeinschaftlicher Kinder) wird ersetzt durch die Verpflichtung aus §§ 1427 ff. (vgl. unten Ziff. 11). Die Sorge für die Person der Kinder steht nicht mehr unter § 1635 fg., sondern unter §§ 1627 ff. Schwägerschaft mit den unehelichen Kindern, welche die Frau vom 303. Tage nach der Aufhebung der e. G. an bis zur Wiederherstellung geboren hat, wird begründet, § 1590 Abs. 1, u. s. f.

4. Die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe wird, so wenig wie durch die Aufhebung, so wenig durch die Wiederherstellung der e. G. berührt. War die Ehe nichtig, so ist sie es auch jetzt, mag schon die Wiederherstellung selbst an sich vollkommen gültig erfolgt sein. Ist z. B.

159) Sartorius a. a. O. S. 32 N. 81, dessen feine Ausführungen man nachlesen wolle.

die Ehe gegen das öffentliche trennende Verbot der Doppelehe eingegangen und war der Dritte zur Zeit der Wiederherstellung gestorben, so bewirkt die Wiederherstellung allein — ohne Wiederholung der Eheschließung, oben III Ziff. 4 — trotz Wegfalls des Ehehindernisses nicht das Gültigwerden der Ehe.[160] In der Wiederherstellung einer anfechtbaren Ehe, sowie einer durch Bestätigung heilbaren nichtigen Ehe wird stets dann die Bestätigung durch den anfechtungsberechtigten Gatten liegen (§ 1337, § 1350 Abs. 2, § 1325 Abs. 2), wenn dem Gatten der Anfechtungs- bezw. Nichtigkeitsgrund bekannt war. Trifft letzteres nicht zu, so kann die Nichtigkeit geltend gemacht, das Anfechtungsrecht ausgeübt werden, ohne daß der Wiederherstellung ein Einfluß zukäme. Die Grenzen, die der Anfechtungswirkung oben S. 380 zu stecken versucht worden sind, bei der Anfechtung nach Wiederherstellung der e. G. zu ziehen, besteht kaum Veranlassung.

Ist die Ehe wegen Außerachtlassung der Form der Eheschließung nichtig, jedoch in das Heirathsregister eingetragen worden, und haben dann die Ehegatten einen Theil der zehn Jahre des § 1324 Abs. 2 als Ehegatten miteinander gelebt, bis es zur Aufhebung der e. G. kam, so treten die Ehegatten mit der Wiederherstellung der e. G. in die condicio usucapiendi wieder ein; die bereits abgelaufene Zeit des Zusammenlebens wird in die zehn Jahre eingerechnet.

5. Kann nach der Wiederherstellung der e. G. ein Ehegatte auf Scheidung oder Aufhebung der e. G. klagen aus einem Scheidungsgrunde, der vor der Aufhebung der e. G. eingetreten, ihm aber bis zur Wiederherstellung unbekannt geblieben ist?[161] Ist die Ehe, vor der Aufhebung wegen jenes Grundes scheidbar, auch jetzt noch scheidbar, da ja die Ehe taliter qualiter wiederhergestellt wird?

Die Reichstags-Kommission scheint die Frage verneinen zu wollen, wenn sie sagt (Bericht S. 89), „die Wiederaufnahme des ehelichen Lebens wirke ebenso wie die Verzeihung auf alle“ — also wohl auch auf die

160) Ist die nichtige Ehe geschieden und schließen nach Wegfall des Hindernisses die Geschiedenen eine neue Ehe, so ist diese Ehe gültig. Bei der Aufhebung der e. G. bedarf es zur Gültigkeit der Ehe der Wiederholung der Eheschließung.

161) z. B.: Auf Klage der Frau ist die e. G. wegen grober Mißhandlung (§ 1568) aufgehoben und der Mann allein für schuldig erklärt worden. Später wird die e. G. wiederhergestellt. Nun erlangt der Mann Kenntniß von einem vor der Aufhebung begangenen Ehebruch der Frau. — In der Zwischenzeit zwischen Aufhebung und Wiederherstellung der e. G. ist die Entstehung von Scheidungsgründen nicht möglich, s. oben S. 363 Ziff. 3.

unbekannten — „Ehescheidungsgründe, welche vor derselben lägen".[162] Ein Grund für solche in das Gebiet der Fiktion führende Erstreckung des Verzeihungsbegriffs (vgl. § 1570) ist nicht einzusehen; durch die Wiederherstellung werden nur bekannte Scheidungsgründe verziehen.

Unzweifelhaft kann der Gatte, nach der Scheidung, bezw. nach der Aufhebung der e. G. vor der Wiederherstellung, einen nachträglich ihm bekannt gewordenen Scheidungsgrund nicht mehr geltend machen (abgesehen von etwaiger Wiederaufnahme des Verfahrens). Ist die Ehe geschieden, so ist weitere Scheidungsklage undenkbar. Ist die e. G. aufgehoben, so ist nur die Umwandlungsklage möglich, und im Umwandlungsprozeß ist die erneute Prüfung der Schuldfrage ausgeschlossen (§ 1576 Abs. 2). Nach der Wiederherstellung findet die Klage aus einem (nach derselben bekannt gewordenen) Scheidungsgrunde ein Objekt, die wiederhergestellte Ehe, die ja kein Novum ist, wieder vor; der Grund, und zwar soweit zu sehen der einzige Grund für die Unmöglichkeit der Scheidung vor der Wiederherstellung ist nach derselben weggefallen. Daß das Recht des Gatten auf Scheidung mit der Rechtskraft des für oder gegen ihn erlassenen Aufhebungsurtheils definitiv verloren gehe, dürfte sich nicht begründen lassen[163]; dem Aufhebungsprozeß kommt trotz C.P.O. § 616 keine schlechthin konsumirende Kraft zu.

Sonach dürfte die oben aufgeworfene Frage zu bejahen sein. Durch die Wiederherstellung der e. G. verliert der Gatte die Umwandlungsklage und er gewinnt im gedachten Falle die Scheidungs- oder Aufhebungsklage.

Freilich ergeben sich bei der Anwendung der für die Scheidungsklage aufgestellten Regeln, bei deren Abfassung auf unseren Fall keine Rücksicht genommen ist, einige Bedenken. Die Scheidungsklage muß, einerlei ob und wann der Berechtigte von dem Scheidungsgrunde Kenntniß erlangt hat, binnen einer zehnjährigen Ausschlußfrist erhoben werden[164] (§ 1571 Abs. 1 Satz 2); die Frist läuft nicht, solange die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten aufgehoben ist (§ 1571 Abs. 2

162) Erler Ehescheidungsrecht 2. Aufl. S. 84 übernimmt einfach diesen Satz des Berichtes. Planck, Staudinger u. s. w. schweigen über die Frage.

163) Leugnet man das Recht auf Scheidung, so könnte bis zu einem gewissen Grade (in dem oben N. 161 gewählten Beispiel) dem Manne geholfen werden durch Anfechtung der Wiederherstellung nach Analogie des § 1333 wegen Irrthums über eine wesentliche persönliche Eigenschaft der Frau und nachfolgende Umwandlungsklage, die freilich zur Schuldigsprechung nur des Mannes führt.

164) Die sechsmonatige Ausschlußfrist a die scientiae (§ 1571 Abs. 1 Satz 1) macht keine Schwierigkeiten, da ja der Scheidungsgrund, wenn er nicht verziehen sein soll, dem Gatten erst nach der Wiederherstellung bekannt geworden sein darf.

Satz 1), was für die ganze Dauer der Aufhebung der e. G. zutrifft. Das Aufforderungsrecht des § 1571 Abs. 2 Satz 2 steht während der Aufhebung der e. G. dem schuldigen Gatten nicht zu, da der andere ja vor der Wiederherstellung der e. G. gar nicht in der Lage ist, die Scheidungs- oder Aufhebungsklage zu erheben (oben S. 392).[164a] — Zum doppelten Schuldausspruch wird man nur durch sehr freie Behandlung des § 1574 Abs. 3 gelangen können; man wird dem Ausschluß des Rechts auf Scheidung durch Verzeihung den Ausschluß desselben durch Geltendmachung im Aufhebungsprozeß mit nachfolgender Wiederherstellung gleichzusetzen haben; der Beklagte muß das Recht auf Scheidung gehabt haben zur Zeit des Eintritts des von dem Kläger geltend gemachten Scheidungsgrundes.

6. Bereits widerrufene Braut- und Eheschenkungen (§ 1584) leben mit der Wiederherstellung der e. G. nicht wieder auf[165]; der Widerruf ist nicht eine unmittelbar mit der Aufhebung der e. G. verbundene Wirkung. —

Die Wiederherstellung der e. G. hat nicht alle Wirkungen der Neuschließung der Ehe (oben Ziff. 1, 2), aber doch die allermeisten (oben Ziff. 1, 3). Man wird nicht umhin können, in gewissen Richtungen die Wiederherstellung der e. G. der 'Eheschließung' (§§ 1719, 1722), der 'Eingehung der Ehe' (§ 1591 Abs. 1, §§ 1845, 1740, 1761), der 'Eingehung einer neuen Ehe' (§ 1697), der 'Verheirathung' (§ 1719, § 1887 Abs. 1)[166] gleichzustellen[167] und demgemäß wichtige Sätze des Familienrechts analog anzuwenden. Ich greife einige Beispiele heraus.

7. Eheliche Abstammung. Ein Kind, das nach der Wiederherstellung der e. G. (= Eingehung der Ehe) geboren wird, ist ehelich,

164a) Wohl aber kann der schuldige Ehegatte den andern von dem Scheidungsgrund in Kenntniß setzen; dann liegt in der Wiederherstellung die Verzeihung.

165) Vgl. Enneccerus-Lehmann Bd. 2 S. 352.

166) Zur Terminologie des Gesetzes sei hier eine Nebenbemerkung gestattet. Das B.G.B. sagt für Eingehung einer neuen Ehe: 'Schließung' (nicht: Eingehung) 'der neuen Ehe' § 1348 Abs. 2, 'eine neue Ehe eingehen' (nicht: schließen) § 1313 Abs. 1, § 1348 Abs. 1, § 1349, § 1669, § 1697, 'Wiederverheirathung' vor § 1348, § 1493, § 1581, 'sich wiederverheirathen' § 1600. Die Aufstellung im Berichte der R.T.-Kommission S. 157, 158, in Entw. III § 1673 (B.G.B. § 1697) sei 'sich wiederverheirathen' durch 'eine neue Ehe eingehen' ersetzt, um „die Uebereinstimmung mit der sonstigen Terminologie des Entw. herbeizuführen“, geht von einer nicht zutreffenden Voraussetzung aus.

167) Wie ja auch die bisherigen Nichtehegatten durch die Wiederherstellung Ehegatten werden; vgl. §§ 1591, 1593, 1720 Abs. 2. — Ob St.G.B. § 236 ('zur Ehe bringen'), vgl. §§ 237, 238 (E.G. z. B.G.B. Art 34 IX), auf die Wiederherstellung der e. G. Anwendung leiden, muß hier dahingestellt bleiben.

wenn die Frau es vor oder während der (wiederhergestellten) Ehe empfangen und der Mann innerhalb der Empfängnißzeit der Frau beigewohnt hat (§ 1591 Abs. 1 Satz 1). Soweit die Empfängnißzeit in die Zeit vor der Wiederherstellung (= Ehe) fällt, gilt die Vermuthung der Beiwohnung nur, wenn der Mann gestorben ist, ohne die Ehelichkeit des Kindes angefochten zu haben (§ 1591 Abs. 2 Satz 2).

8. Legitimation unehelicher Kinder durch nachfolgende Ehe. Haben die „Ehegatten" nach der Aufhebung der e. G. ein Kind erzeugt, ohne daß in der Beiwohnung die Wiederherstellung der e. G. zu finden war (oben III Ziff. 1, 2), so erlangt das uneheliche (oben II A Ziff. 7) Kind dadurch, daß der Vater mit der Mutter die e. G. wiederherstellt (= sich verheirathet), mit der Wiederherstellung (= Eheschließung) die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes, §§ 1719 ff.[168]

9. Sicherstellung des Vermögens ehelicher Kinder durch den Vater oder die Mutter, wenn letztere Gewalthaber oder Vormünder oder Pfleger sind, im Falle der Eingehung einer (bezw. einer neuen) Ehe, §§ 1669, 1740, 1761, 1845. Nach dem Zwecke der einschlägigen Vorschriften wird man zu unterscheiden haben:

a) Die ehelichen Kinder sind gemeinschaftliche[169] Kinder der „Gatten", welche die e. G. wiederherstellen wollen, aus der Zeit vor Aufhebung der e. G.; solchenfalls liegen dem Vater oder der Mutter die Verpflichtungen aus § 1669 (vgl. §§ 1686, 1845,[170] 1897, 1915 Abs. 1) nicht ob.[171]

b) Die ehelichen Kinder sind einseitige Kinder eines der Gatten aus der Zwischenzeit zwischen der Aufhebung und der Wiederherstellung der e. G.; dies können nicht echte Bluts-, sondern nur Rechtskinder sein, und zwar durch Gnadenakt legitimirte uneheliche Kinder des Vaters sowie Wahlkinder des Vaters oder der Mutter. Hier ist dem Gewalthaber u. s. w., der „eine Ehe eingehen" will (§ 1740, § 1761), gleichzuachten derjenige, welcher die e. G. mit seinem früheren Ehegatten wiederherstellen will; es treffen ihn also die gesetzlichen Verpflichtungen aus §§ 1740, 1761 (1669, 1686, 1845, 1897, 1915 Abs. 1).[172] Die

168) Auch Opet Verwandtschaftsrecht (1899) S. 40 geht auf den Punkt nicht ein.

169) Einseitige eheliche Kinder des Gatten aus der Zeit vor Eingehung der Ehe, für welche die e. G. aufgehoben ist, kommen nicht in Frage, da sich hier die Verpflichtung zur Sicherstellung schon bei der Eheschließung ergab.

170) Die Inkonzinnität von § 1669 ('eine neue Ehe eingehen') und § 1845 ('eine Ehe eingehen') ist bedeutungslos.

171) Wenn geschiedene Ehegatten sich wiederverheirathen, hat dieselbe restriktive Interpretation der §§ 1669, 1845 zu gelten.

172) Der Schutz des § 1314 Abs. 1 (aufschiebendes Ehehinderniß der ausstehenden Sicherstellung ehelicher Kinder) entfällt bei der Wiederherstellung, s. oben III Ziff. 6.

Mutter verliert außerdem, wenn sie die e. G. wiederherstellt (= eine neue Ehe eingeht), die elterliche Gewalt über ihr Adoptivkind (§ 1697).

10. Das Vormundschaftsgericht kann eine Frau, die zum Vormunde bestellt ist, entlassen, wenn sie sich verheirathet (§ 1887 Abs. 1); das Gleiche muß gelten, wenn sie die e. G. wiederherstellt.

11. Die einzige Ausnahme von dem oben (IV am Anfang) aufgestellten Grundsatze (Wegfall aller Aufhebungswirkungen) besteht darin,[173] daß mit der Wiederherstellung der e. G. nicht etwa der Güterstand der Ehe zur Zeit der Aufhebung ex nunc auflebt, sondern vielmehr der Güterstand der Gütertrennung eintritt (§ 1587 a. E.; §§ 1427—1431). Zur Wirksamkeit gegenüber Dritten bedarf es, falls sie die Gütertrennung nicht kennen, der Eintragung in dem Güterrechtsregister (§ 1431 Abs. 1)[174] Die Gatten können durch Ehevertrag (§§ 1432 ff.) vor und nach der Wiederherstellung der e. G. Abweichendes bestimmen. Wollen sie den Güterstand der Verwaltung und Nutznießung einführen, so können sie nicht etwa die Kosten des Vertrages dadurch ersparen, daß sie an Stelle der Wiederherstellung der e. G. die kostenlose formelle Eheschließung setzen; denn diese hat keinerlei Rechtswirkungen (oben III Ziff. 3), also auch nicht die des Eintritts des gewöhnlichen gesetzlichen Güterstandes.

173) In Uebereinstimmung mit dem französischen Rechte, Zachariä-Crome Bd. 3 S. 164.

174) Planck-Unzner N. 2 zu § 1587, Fischer-Henle zu § 1587; a. M. Scherer Familienrecht zu § 1587 Nr. 496.

Lippert & Co. (G. Pätz'sche Buchdr.), Naumburg a. S.